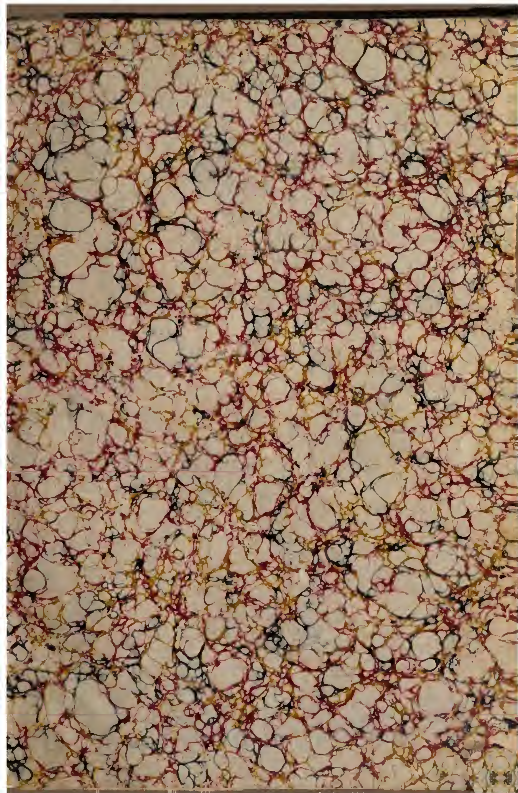




Bue De Ma[illegible] 3[illegible]

CORSO

DEL

CODICE CIVILE

DI

C. DEMOLOMBE

PROFESSORE ALLA FACOLTÀ DI DRITTO, AVVOCATO ALLA CORTE REALE DI CAEN

Prima versione italiana

DEGLI AVVOCATI

Gennaro de Filippo e Giuseppe Tucci

Con note, giunte, appendici ec. ec. risguardanti le leggi civili del regno delle Due Sicilie



DELLE SUCCESSIONI

PARTE PRIMA.

NAPOLI

Stabilimento dell'Antologia legale di D. Capasso

Strada S. Sebastiano n.° 30, 1° piano.

1857.

OSSERVAZIONI

RIGUARDANTI

LE CITAZIONI DELLE DECISIONI E DEGLI AUTORI, E LE TAVOLE.

1°. Quest' opera rinvia per l' indicazione delle decisioni, alla raccolta di Devilleneuve e Carette, a quella di Dalloz, ed al *Giornale del Foro*. Ma, per rendere le ricerche facili e sicure per quanto è possibile per tutti coloro che non posseggono se non una di queste tre raccolte di giurisprudenza, le decisioni sono inoltre indicate colle loro date e coi nomi delle parti, essendo quest' ultimo modo di citazione il più comodo ed il più certo di tutti.

La raccolta di Devilleneuve e Carette è indicata così: Dev. — quella di Dalloz : D. — Il *Giornale del Foro* : *J. del F.*

2°. I diversi autori sono citati colla indicazione del volume e del numero, o della stessa opera, o della pagina quando non vi sono numeri.

Le citazioni di Delvincourt sono relative all'edizione del 1819, di Toullier, alla edizione del 1830 ed alle note di Duvergier sull' edizione del 1846; di Duranton, all'edizione del 1844.

3°. Alla fine di ciascun volume vi sono due tavole.

La prima è una tavola delle materie nell' ordine in cui sono trattate;

La seconda, è una tavola numerica degli articoli del Codice Napoleone, che, coi suoi rinvii alle pagine ed ai numeri del volume in cui ciascuno degli articoli è spiegata, agevola le ricerche e fa, in certo modo l' ufficio di un comentario.

CORSO

DEL

CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

DISPOSIZIONI GENERALI.

ESPOSIZIONE.

SOMMARIO.

1. — Ci siamo intrattenuti finora, in una maniera distinta e separata, *delle persone*, nel libro primo, *e dei beni*, nel libro secondo.

Ci facciamo ora a porre le persone in rapporto coi beni, ed a ricercare come i differenti dritti de'quali i beni sono capaci, possono stabilirsi e trasmettersi.

Tal'è l'oggetto del libro terzo ed ultimo del Codice Napoleone, che tratta *dei differenti modi coi quali si acquista la proprietà.*

2. — Volendo attenersi ai termini di questa rubrica, non dovrebbe trattarsi, in questo terzo libro, se non dei modi di acquistare la *proprietà*, vale a dire il *plenum dominium*, tal quale è definito dall'art. 544—469.

Se fosse così, le regole contenute nel libro terzo, sarebbero estranee al modo di acquistare :

Tanto i dritti reali smembrati dal dritto to-

tale di proprietà, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le servitù; perchè nel linguaggio scientifico, più che nell'uso, non si chiamano col nome di *proprietà* queste differenti specie di dritti:

Tanto soprattutto i dritti personali, che non costituiscono se non semplici obbligazioni; perchè si può ancora ben meno applicare ad un creditore la qualificazione di proprietario.

Or, basta di aprire il nostro terzo libro per riconoscere che le regole che racchiude, sono, al contrario, generali, e si applicano non solamente all'acquisto de'dritti reali (che, a rigore, hanno potuto esser compresi in questa denominazione generica della proprietà, poichè ne sono parti integranti), ma ancora all'acquisto del dritto personale di credito. Il vero oggetto di questo libro è ancora vastissimo! cioè quello di determinare e di regolare tutte le relazioni civili che possono formarsi tra le persone, a causa dei beni.

Ma d'onde viene allora questa formola restrittiva della nostra rubrica.

Se ne possono dare due spiegazioni:

Si può dire da prima che il Legislatore avrà considerato che essendo i crediti stessi beni che ci appartengono, il divenir creditore è, in un certo senso, acquistare, come il divenire proprietario.

Così Demante ha scritto « che, ad un certo aspetto, l'acquisto della proprietà abbraccia l'acquisto di tutt'i dritti che producono un utile pecuniario; perchè tutti questi dritti, reali o personali, costituiscono un bene: e questo bene, effettivamente, è *proprio* della persona alla quale compete ». (T. 3, n.° 1 bis.). Tal'è ancora la opinione di Zachariae e di Aubry e Rau, che, dopo aver definito la proprietà: il dritto in virtù del quale un oggetto è sommesso, in una maniera assoluta, alla volontà di una persona, aggiungono che l'articolo 711—632 adopera la parola *proprietà* in questo senso generale, che si ritrova ancora nell'art. 136 — 135 del codice di commercio (t. 1, p. 391).

Ma è permesso di dubitare che gli autori del Codice abbiano adoperato qui la parola *proprietà* in questo significato esteso ed inusitato; tutto sembra annunziare che questa espressione, che comprendeva, è vero, nella loro mente, la proprietà ed i differenti dritti reali che ne derivano, non si applicava, al contrario, ai semplici dritti personali (comp. art. 711 a 717—632 a 637).

Sembrerebbe più probabile, che essi abbiano così compilata la rubrica del loro terzo libro sotto la influenza della nuova regola che vi aveano consacrata, cioè che la *proprietà* dei beni si trasmette *per effetto delle obbligazioni* (art. 711, 1138 — 632 e 1092); in tal maniera che, nel momento in cui formulavano il titolo di questo libro, l'acquisto del dritto personale non sarebbe loro sembrato come distinto dall'acquisto del dritto reale.

Senza dubbio, era questa una preoccupazione eccessiva; perchè se avviene spesso, secondo la nuova regola, che la proprietà si acquista nella stessa maniera e nello stesso tempo del dritto personale, vi sono ancora molti casi nei quali l'acquisto del dritto personale non ingenera e non può ingenerare alcun'acquisto di dritto reale, come quando si tratta di un'oggetto indeterminato o ancora di un'oggetto determinato, ma di cui colui che si obbliga non è ancora proprietario, ed in tutt'i casi, quando si tratta di un dritto personale, che non consiste nella obbligazione di trasferire la proprietà, come quello che producono la locazione, il deposito, il commodato (*vedi* tit. 8, 10 ed 11). D'altra parte è manifesto ancora che tutte le maniere colle quali si acquista il *dritto reale* non possono ugualmente far acquistare il *dritto personale*; e Demante stesso osserva assai giustamente che un credito, per esempio, non potrebbe acquistarsi colla prescrizione (*loc. sopra cit.*).

Bisogna dunque riconoscere che questa rubrica è incompleta e che non esprime esattamente tutte le materie delle quali si tratta nel libro terzo.

Questa inesattezza, del resto è senza importanza, basta che il nostro terzo libro sia completo; ed abbiamo già detto che esso tratta effettivamente dei modi di acquistare, sia la proprietà o i suoi diversi smembramenti, sia i dritti personali; ed ancora a proposito delle obbligazioni, i compilatori del nostro Codice hanno stabilito, in questo libro terzo, le regole di molte materie, che non si rannodano se non in una maniera molto accessoria, alle obbligazioni considerate come sorgente dei dritti reali o personali, come le disposizioni che trattano dell'arresto personale, della espropriazione forzata, dei privilegi e delle ipoteche.

3.— Tuttavolta non si potrebbe negare che questo terzo libro del nostro Codice non presenta, sotto tal rapporto, una confusione rincrescevole tra le cause traslative del dritto

reale, *dominium*, *jus in re*, e le canse che non ingenerano, al contrario, se non il dritto personale *obligatio*, *jus ad rem*.

I Romani aveano avuto grande cura di non commettere questa confusione e solo dopo aver esposto separatamente i differenti modi di acquistare, l'imperatore Ginstiniano è giunto alle obbligazioni: *nunc transeamus ad obligationes* (Inst., lib. II, tit. XIII, princ.; comp. Dig. *de adq. rer. dom.*, *et de verb. obligat.*).

Il tribunale di appello di Parigi, nelle sue osservazioni sul progetto, aveva osservato precisamente « che si sarebbe meglio fatto distinguere, riguardo alle cose, come fanno tutti i giureconsulti, il dritto alla cosa ed il dritto nella cosa. . . » (Fenet, t. 5, p. 212).

Ma queste osservazioni non furono adottate.

È questo nn motivo di più per stabilire qui, nettamente e da principio, siffatta distinzione fondamentale.

Diremo dunque dapprima che importa di non confondere le materie di acquistare propriamente dette (*modus adquirendi*), coi titoli in virtù dei quali gli acquisti possono effettuirsi (*titulus ad adquirendum*).

Si chiama maniera di acquistare, o modo di acquisto, l'atto o il fatto, che è per se stesso attributivo della proprietà. Tali sono, per esempio, l'occupazione, la snccessione, il legato di un corpo certo; tali sono ancora, secondo il Codice Napoleone, le obbligazioni per effetto delle quali la proprietà si trasmette immediatamente (art. 711, 1138—6329 e 1092); vedremo in seguito la modificazione che la legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione, ha apportato a questa regola.

Il titolo è ta causa dell'acquisto; è la ragione giuridica, in virtù della quale l'acquisto può legittimamente compiersi; si potrebbe dire che l'acquisto o il modo di acquistare, è l'effetto, e che il titolo, è la causa, *radix et fundamentum juris* (vedi il nostro t. 5, n.° 597, ed il nostro tit. 12, n. 720).

Questi due elementi debbono necessariamente incontrarsi in qualunque acquisto; perchè è evidente che non può esservi acquisto senza un titolo, cioè a dire senza causa.

Ma non bisogna dedurne che il titolo ed il modo di acquistare debbono avere nna origine differente o una esistenza distiuta, e non possono nascere nello stesso tempo e simultaneamente. Tutto al contrario! vi sono molti casi nei quali questi dne elementi si confondono, ed in cui l'effetto, cioè a dire l'acquisto, è istantaneamente prodotto dalla sua causa, cioè a dire del titolo da cni tale acquisto deriva; tali sono la snccessione, il legato, o più generalmente l'obligazione che consiste a rilasciare nn corpo certo (art. 711, 1014, 1138—632, 968, 1092). Questi fatti o avvenimenti giuridici, nei quali la proprietà esce immediatamente dalla causa che la trasferisce, hanno più specialmente, nel linguaggio tecnico, la denominazione *di maniera di acquistare, modus acquirendi*.

Altre volte, il titolo ed il modo di acquisto sono distinti e si compiono successivamente con atti separati: tali sono tutte le obbligazioni che consistono a trasferire quantità o corpi indeterminati; l'obbligazione allora, o piuttosto il credito non è che un titolo per acquistare: essa è una causa futnra di acquisto; e l'acquisto stesso, cioè a dire la traslazione di proprietà, non si opera che colla tradizione, che specializza le quantità, e che sola diviene così la vera maniera di acquistare la proprietà (*infra*, n. 16).

4. — Sotto tale aspetto, la parola *acquistare* ha nn senso preciso e tecnico; acquistare, significa divenire padrone, *dominus*; così, bisogna guardarsi di confondere, come si fa volgarmente nel linguaggio comune, questi due termini *acquistare* e *comprare*; *acquistare* non è più il sinonimo di *comprare* come *alienare* non è il sinonimo di *vendere;* l'uno è il genere, l'altro solamente la specie. L'erede acquista, il legatario acquista, il cacciatore che ammazza la selvaggina alla caccia, acquista; nessuno di loro compra. Ed anche, *comprare* può non essere *acquistare*; così in Roma, in cui ta vendita non era traslativa di proprietà, il *compratore* non era *acquirente* col solo effetto del contratto, e non diveniva tale che colla tradizione della cosa vendnta; presso noi ancora è chiaro che il compratore di cose indeterminate non può acquistarle coll'effetto immediato della vendita, ma solamente col rilascio (*sopra*, n. 3).

Il vero correlativo di *acquistare*, è *alienare*, cioè a dire *rem suam alienam facere*; qnesta correlazione tuttavolta non è assoluta; e qnesti due termini non si corrispondono sempre: da una parte, in fatti, l'acquisto non suppone necessariamente l'alienazione; così, coi modi di acquisto originario, come l'occupazione, acquistiamo le cose che non appartengono ad alcuno; e d'altra parte, può avvenire (sebbene più raramente) che l'alienazione non produca l'acquisto, ciò avviene nel

caso in cui il proprietario di una cosa l'abbandona senza trasmetterla ad un altro, *pro derelicto* (*infra*, n. 59).

La parola *acquistare* è d' altra parte generica; e comprende tutte le cause di acquisto, a titolo gratuito o a titolo oneroso (comp. art. 217—206).

La parola *alienare*, che vi corrisponde, sembra dover essere essa stessa ensì estesa; e si può dire, in fatti, che comprende, nella sua generalità, ogni atto o avvenimento qualunque, col quale la proprietà di un bene è trasmessa da uno all' altro. Tal' è ancora, per regola, il significato del termine disporre (*vedi* art. 537 e 544—462 e 469). Tuttavolta, bisogna riconoscere che la parola *alienare* si applica più specialmente alle trasmissioni a titolo oneroso, e le parole *disporre* o *donare* sono, al contrario, più particolarmente adoperate per designare le trasmissioni a titolo gratuito (com. artic. 217, 893, 896, 900, 909, etc.—206, 813, 941, 816, 825, etc.).

La parola *dare* aveva, in dritto romano un significato tecnico; esprimeva sopra tutto la trasmissione delle proprietà: *dare, id est rem accipientis facere* Dig. lib. I. *de reb. cred.*). Ma questo significato è assai meno usato nella nostra terminologia moderna (comp. pertanto dall' art. 1136—1090).

5.—I modi di acquistare la proprietà, o più esattamente forse i titoli in virtù dei quali si può acquistarla, sono stati, in ogni tempo, divisi e distribuiti in molte classificazioni.

Queste classificazioni sono in generale, dedotte dall' origine e dal carattere differente delle une e delle altre; e conviene tanto più esporle quanto che ve ne sono talune di esse di una importanza essenziale.

A. — E da prima, si comincia generalmente col distinguere i modi di acquistare in modi del dritto naturale o delle genti ed in modi del dritto civile (comp. Inst. Just., *de rer. div.*, §. 2; Pothier, *Della Proprietà*, n. 19)

L'utilità pratica di questa distinzione consisterebbe in ciò che: 1.° i modi di acquistare che sono del dritto naturale, esisterebbero indipendentemente da qualunque legge positiva; 2. e ch'essi sarebbero applicabili agli stranieri come ai nazionali (comp. Proudhon, *Del Dominio privato*, t. 1, n. 334; Demante, t. 3, n, 9 bis; Troplong, *Della Vendita*, t. 1, n. 2; Marcadè, sull'art, 711, n. 3).

Vediamo sempre con dispiacere, da nostra parte, questa specie di antagonismo che si pretende elevare tra il *dritto naturale* ed il *dritto positivo*; e ci siamo, dal principio, sufficientemente spiegati su tal punto per non doversi più ritornare (vedi il nostro t. 1, n. 5 e seg.).

A quali segni d' altra parte ed a quali caratteri si dovranno riconoscere, secondo questa distinzione, i modi di acquistare col dritto naturale? si è ben di accordo sopra taluni, come l' occupazione, la tradizione. Ma quali dissidenze e controversie sulla maggior parte degli altri! e la successione ab intestato! e la prescrizione! ed il testamento! ed anche la donazione tra vivi! per sapere se esse sono modi di acquistare del dritto naturale, o modi del dritto civile, o se taluni non costituiscono *modi misti*! (vedi ancora il nostro t. 1, n. 243 e seg.).

Non ci getteremo in queste tesi astratte, più filosofiche che giuridiche.

La nostra opinione è che male a proposito si è sempre conservata, fin'oggi nella esistenza delle nostre leggi ridotte a codici, l'antica distinzione, che non è stata veramente, di tutto punto, esatta se non nella sua origine in più lontana, in quell' epoca della legislazione romana in cui si distinguevano i *cives romani* dai *peregrini*.

Ma oggi, pensiamo che non vi sono, sotto l' impero del nostro codice Napoleone, altri modi di acquistare se non quelli che sono esplicitamente o implicitamente riconosciuti da questo Codice; ugualmente che gli stranieri non possono invocare, tra i nostri differenti modi di acquistare, se non quelli che loro sono conceduti dalle nostre leggi, in una maniera espressa o tacita (vedi del resto, su tale soggetto, gli svolgimenti che abbiamo forniti nel nostro t. 1, n. 240).

6. — B. I modi di acquistare sono originari o primari, derivati o secondari.

I primi attribuiscono la proprietà dei beni che non appartengono ad alcuno; così, l'occupazione.

Gli altri si applicano ad una proprietà anteriormente acquistata, per trasmetterla dall'uno all'altro; così la successione, la donazione tra vivi o testamentaria, e quasi tutti gli altri: perchè nello stato di civiltà, i modi originari di acquistare sono in piccolissimo numero e di una rara applicazione.

I modi originari non producono che un'acquisto senza alienazione; mentre che i modi derivati producono nello stesso tempo l'acquisto dall'uno e l'alienazione dall'altro, cioè una *trasmissione*, una *successione*.

Si può osservare, inoltre, che qualunque acquisto originario, per la sua natura stessa, non può essere se non a titolo singolare, mentre gli acquisti derivati sono a titolo singolare o a titolo universale (*infra*, n. 8).

L'articolo 711 + 632 tratta evidentemente dei modi di acquisto derivati: « La proprietà » dei beni, esso dice, *si acquista e si tras-* » *mette* . . . »

Ma perchè l'articolo 712+633 dichiara solamente che la proprietà *si acquista ancora* per accessione o incorporazione, e per prescrizione, non bisogna certamente conchiuderne che esso presenta questi due modi di acquistare come originari; perchè la prescrizione, la quale fa passare la proprietà dall'uno all'altro, è evidentemente un modo derivato; e quanto all'accessione, se è un modo originario, quando si applica a cose che non appartengono ad alcuno, può essere ed è spesso, in fatti, un modo derivato importantissimo, quando fa acquistare ad uno ciò che apparteneva prima all' altro, come nel caso degli articoli 554, 555, 565 e seg.—479, 480, 490 e seg. (vedi il nostro t. 9, n. 640 e seg., ed il nostro t. 10°; n. 1 e seg.).

7. — C. Si può acquistare sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, secondo che colui che acquista dà qualche cosa in equivalente di quel che riceve, o riceve al contrario, senza niente dare in cambio.

Questa distinzione è essenziale; e questi due modi di acquistare differiscono profondamente sotto il triplice rapporto:

Delle forme alle quali sono sottoposti;

Della capacità delle persone;

E della disponibilità dei beni;

Avendo dovuto il legislatore, come spiegheremo in prosieguo, nell' interesse del disponente, della sua famiglia, e della società intera, vegliare con un' attenzione particolare, sulle disposizioni a titolo gratuito, tra vivi o per testamento.

8.—D. Da ultimo, i modi di acquistare sono a titolo universale, o a titolo particolare.

L'acquisto a titolo universale è quello che abbraccia l'universalità o una parte aliquota dell'universalità del patrimonio di una persona, *in globo*, in massa, *per modum universitatis*; tali sono la successione, il legato universale o a titolo universale.

L'acquisto a titolo particolare, al contrario, si applica direttamente ad uno o a molti beni determinati, considerati isolatamente ed in qualche maniera individualmente, *per se, singillatim*, senza alcuna correlazione coll' universalità del patrimonio; tali sono il legato particolare, la permuta, la cessione stessa di una eredità, che non costituisce, infatti, se non un acquisto a titolo particolare, poichè questa eredità non forma nè l'universalità, nè una quarta parte dell' universalità del patrimonio del cedente, ed essa stessa non è, nella sua unità collettiva, se non uno degli oggetti particolari di questo patrimonio (vedi il nostro t. 9, n. 64 e seg.).

L' interesse di questa distinzione consiste principalmente in ciò che gli acquirenti universali sono tenuti, in generale, di pagare i debiti del loro autore, mentre che questa obbligazione non colpisce gli acquirenti a titolo particolare.

E questa differenza è fondata sopra uno dei più importanti principî del dritto civile: cioè:

Che i debiti sono un peso dell' universalità dei beni, dell' insieme del patrimonio, e non di tale o tal bene considerato separatamente: *aes alienum est onus universi patrimonii, non certarum rerum*. In tal senso l' articolo 2093+1963 dispone che i beni di un debitore sono la sicurezza comune dei suoi creditori; *i beni*, cioè l' unità attiva, che sola è in qualche maniera personificata come debitrice, e che segue ed accompagna correlativamente l' unità passiva; in maniera che l' una, e l'altra si corrispondono e si frazionano nello stesso tempo, e nelle stesse proporzioni, (comp. art. 870, 871, 874, 1009, 1013, 1020, 1024, etc. — 791, 792, sop., 935, 967, 974, 979, etc.).

È lo stesso, sotto alcuni rapporti di una *universalità di beni*, come di una *universalità di persone*, e nella stessa maniera, per esempio, che quando un comune è debitore, non è ciascuno degli abitanti, *ut singuli*, che deve, ma l'essere morale del comune, ugualmente quando un patrimonio è aggravato di debiti, non è sul tale o tale bene determinatamente che gravita il debito, ma sul complesso, dei beni, sull' ente morale dell' universalità.

Donde segue che per essere obbligato a sopportare una porzione del passivo di un patrimonio, bisogna acquistare una porzione corrispondente del suo attivo, *per modum universitatis*.

L' acquirente a titolo singolare non è dunque tenuto, in generale, alle obbligazioni del suo autore, salvo, ben' inteso, come vedremo, l'effetto dell' azione ipotecaria (art. 2166—

2060), e più generalmente dei dritti reali, dei quali l'immobile acquistato fosse gravato, e riservandosi ancora l'azione rivocatoria dei creditori, in caso di alienazione fraudolenta (art. 1167 — 1120).

9. — Aggiungiamo che si distinguono ancora due sorte di acquirenti universali.

Taluni, che succedono non solamente ai beni, ma ancora alla persona;

Altri, che non succedono se non ai beni.

I primi sono i rappresentanti, ed in qualche maniera, i continuatori della persona del loro autore; così che sono tenuti alle obbligazioni personali di costui, come loro proprie obbligazioni, cioè a dire al di là ancora del valore dei beni che hanno raccolti, *ultra vires;* come l'erede puro e semplice (comp. art. 724, 802 — 645, 719).

Gli altri, al contrario, succedendo ai beni, e non alla persona, non sono, in generale, tenuti che a causa dei beni che hanno acquistati, e solamente fino alla concorrenza del valore di questi beni.

In quali casi si succede nello stesso tempo alla persona ed ai beni? In quali casi ai beni solamente? Tale quistione è delicata, e difficile. Ci basti di aver qui proposta la distinzione; arriveremo successivamente alle differenti applicazioni di cui essa è capace.

10. — Si chiama col nome generico di successore (nei modi di acquisti derivati, ben' inteso) colui che acquista, in qualunque maniera siasi, un bene appartenente ad un'altro padrone, o che viene, dopo costui, nella proprietà di questo bene, per esercitarne da tal momento i dritti nel suo proprio nome (*succedere sub cedere*, venir dopo).

Le parole *erede*, *rappresentante*, *avente causa*, *avente dritto*, sono spesso adoperate in tal senso come sinonimi, secondo i casi, della parola *successore* (comp. artic. 129, 137, 944, 1122, 1220, 1322, etc. — 135, 143, 865, 1076, 1173, 1276, etc.).

Affrettiamoci ad aggiungere tuttavolta che la terminologia del nostro Codice è ben lungi, sotto tal rapporto, di essere rigorosa; e vi sarebbe il più gran pericolo a voler precisare esattamente, *in tesi*, il senso e la estensione di questi differenti termini. Così vedremo che l'espressione *avente causa* ha suscitata una delle più serie difficoltà, che il Codice Napoleone abbia fatto nascere (su gli art. 1322, e 1328 — 1276, e 1282).

Quel ch'è certo d'altra parte, si è che non si potrebbe chiamare *successore* nè *avente causa*, nel senso tecnico di queste parole, colui che non acquista nulla da un altro, e che non fa se non rientrare nella proprietà di un bene per effetto della risoluzione, o della estinzione del dritto di un terzo (comp. Zachariæ, Massé e Vergé, t. 2. p. 216).

11. — Tali sono le regole generali le più importanti, che regolano i differenti modi di acquistare.

Queste regole sono tradizionali nel dritto civile, e sono, in fatti, per la maggior parte, essenzialmente inerenti al carattere stesso dei diversi modi di acquisto. Il Codice Napoleone vi si riporta in tutte le sue disposizioni sopra tale materia; e se non le ha posto esso stesso in rilievo, gli è perchè le suppone conosciute; gli è ancora perchè è una legge, e non un libro d'insegnamento: *Lex jubeat, non disputet* (*apud Senecam, Epist.* 94).

12. — Ed ora, quali sono i modi di acquistare che il nostro Codice riconosce?

Gli articoli 711 e 712 — 632 e 633, che aprono questo terzo libro, si esprimono nei seguenti termini.

Articolo 711 — 632: « La proprietà dei « beni si acquista e si trasmette per succes- « sione, per donazione tra vivi o testamenta- « ria, e per effetto di obbligazioni. »

Articolo 712 — 633: « La proprietà si ac- « quista altresì per accessione o incorpora- « zione, ed in forza della prescrizione. »

Per tal modo, ecco già cinque modi di acquistare, cioè:

1° Le successioni;

2° Le donazioni tra vivi, ed i testamenti;

3° Le obbligazioni;

4° L'accessione o l'incorporazione;

5° La prescrizione;

Ed aggiungendovi.

6° La legge;

7° La tradizione;

8° L'occupazione;

Si vede che esistono in tutto, sotto il Codice Napoleone, otto modi di acquistare la proprietà dei beni.

13. — Le successioni, le donazioni tra vivi o testamentarie, le obbligazioni e la prescrizione formano l'oggetto di questo terzo libro, di cui gli articoli 711 e 712 — 632 e 633 forniscono, per così dire, il programma.

Così il titolo 1 tratta *delle successioni;*

Il titolo 2, *delle donazioni tra vivi, e dei testamenti;*

I titoli 3 e 4, *delle obbligazioni;*

Ed il titolo 20 ed ultimo, della prescrizione.

Quanto ai titoli 5 a 19, sono consacrati a stabilire le regole di alcuni contratti, i più importanti ed usuali: *del contratto di matrimonio* (tit. V); *della vendita* (tit. VI); *della permuta* (tit. VII); *del contratto di locazione* (tit. VIII); *del contratto di società* (tit. IX); *del prestito* (tit. X); *del deposito e del sequestro* (tit. XI); *de' contratti aleatorii* (tit. XII); *del mandato* (tit. XIII); *della fideiussione* (tit. XIV); *delle transazioni* (tit. XV); *dell' arresto personale in sua materia civile* (tit. XVI); *del pegno* (tit. XVII); *de' privilegi e delle ipoteche* (tit. XVIII); *della spropriazione forzata e della graduazione de' creditori* (tit. XIX).

È questa la nostra compiuta tavola delle materie.

È ben vero che parecchi di questi titoli, o segnatamente quello risguardante l' arresto personale, rannodansi mercè una serie d'idee remotissime, *a' diversi modi onde si acquista la proprietà*. Indubitatamente è necessario, che questa ripartizione sia esattissima; e sarebbe stato agevole adottare un più logico e miglior disegno. Ma abbiamo già osservato che gli autori del nostro Codice, avendo risguardato le obbligazioni come la duplice fonte del diritto reale e del diritto personale, potettero esser così indotti a trattare, sotto questa rubrica, de'diversi diritti derivanti, più o meno indirettamente, dalle obbligazioni, ancorchè i diritti medesimi non producono veruno acquisto (*supra*, n. 2).

14. Nel secondo libro (tit. II, art. 547 e seg.) il legislatore ha formato le regole su l'accessione considerata come mezzo di acquistare; e noi non dobbiamo tornare agli sviluppamenti già dati intorno a questo subbietto (*ved.* il nostro t. IX, n. 571 e seg., ed il nostro t. X, n. 1 e seg.)

15. La legge medesima, in alcuni casi, attribuisce direttamente la proprietà o un diritto qualsivoglia a privati o allo Stato.

Tacendo le successioni legittime, additate, nella nomenclatura de' modi di acquistare, sotto la special denominazione di *successione* puossi addurre il godimento che l' art. 384—298 attribuisce ai genitori su'beni de'figlinoli, ed eziandio l'attribuzione che l'art. 563—488 fa dell' antico letto di una riviera che abbia mutato il corso, a' proprietari in detrimento de' quali il novello letto si è formato (*ved.* il nostro t. X, n. 171.)

Abbiamo già osservato che l' acquisto dei frutti fatto dal possessore di buona fede ne'casi contemplati dagli art. 138 e 549 — 144 e 474, potovasi risguardare emergere dalla legge (*ved.* il nostro t. IX, n. 622).

Similmente in virtù della legge lo Stato acquista, come appresso dimostreremo, la proprietà di alcuni siti marittimi, fluviali o terrestri attribuitigli da disposizioni legislative speciali (*ved. infra*, n. 63 e seg.; 66 e 77.

Similmente, e più generalmente, lo Stato acquista in forza della legge, in forza degli art. 539 e 713 — 464, i beni giacenti e senza padrone.

Finalmente, si potrebbero ancora annoverare tra'modi di acquistare in forza della legge, taluni modi per così dire misti di acquistare, come quelli fermati, sia dall' art. 559—484, sia segaatamento dagli art. 643, 661 e 682—565, 582 e 603, in cui rinvengonsi esempl di alcune forzato spropriazioni, permesse dalla legge, sotto alcuno condizioni, in un privato e pubblico interesse. Dunque è ben fondato il sostenere (*supra*, n. 12) che la legge debba andare annoverata fra' modi di acquistare.

16. È a dire lo stesso intorno alla tradizione la quale, comunque neppur compresa nella enumerazione fatta dal Codice, constituisce sempre, ancora in molti casi, un modo di acquistare la proprietà (*ved.* Locrè, *Legisl. civ.*, t. X, p. 113).

Laonde: 1.° nelle obbligazioni di genere, la proprietà potrebbesi trasmettere unicamente mercè la tradizione, la quale sola determina l' oggetto di cui segue la trasmissione (*supra*, n. 3); 2.° in tutti i casi, la tradizione di un oggetto mobile corporale può divenire, pel possessore di buona fede, una causa di acquisto della proprietà, ancorchè l'abbia ricevuto *a non domino* (confr. art. 1141, 2279 — 1095, 2185). Puossi osservare altresì, che la trasmissione di proprietà de'mobili, nella donazione manuale, ammessa senza controversia dalla dottrina, non può venire similmente spiegata che per lo effetto traslativo di proprietà emergente dalla tradizione, quando abbia effettivamente avuto luogo *animo transferendi dominii* (confr. Demante, t. III, n. 8 *bis*).

17. Da ultimo, riguardammo la occupazione constituire anche oggidì, vigente il nostro Codice, un modo di acquistare la proprietà (*supra*, n. 12).

Ed appunto a questo obbietto trovansi precipuamente destinate le *disposizioni generali* premesse al *terzo libro*.

DELLA OCCUPAZIONE

SOMMARIO

17. *bis.* — Partizione.

17. *bis.* — Abbiamo qui a risolvere duplice quistione :

1.° Forse la occupazione constituisce tuttodì, sotto l' impero del Codice, un modo di acquistare ?

2.° In quali casi viene la medesima ammessa ?

N. 1. La occupazione constituisce forse tuttodì un modo di acquistare ?

SOMMARIO.

17. *ter.* — È forse ben fondato lo affermare che si possa acquistare oggidì per diritto di occupazione? — Degl' immobili.
18. — Continuazione. — De' mobili.
19. — In che consiste l' occupazione, e quali condizioni vi sieno indispensabili.

17. *ter.*—E primieramente, è mai ben fondato lo affermare potersi oggidì acquistare per diritto di occupazione ?

A norma dell' art. 713 : « i beni che non hanno padrone appartengono allo Stato. »

E l' art. 539 — 464 aveva già dichiarato : « Tutti i beni vacanti e senza padrone, « quelli delle persone che muoiono senza eredi, o le cui eredità sono abbandonate ap« partengono allo Stato. » (*ved.* il nostro t. IX, n. 456.)

I *beni*, dichiara l' art. 713, *tutti i beni*, dichiara l' art. 539.

Dunque, secondo questi testi, non vi sarebbe cosa alcuna immobile, nè mobile, la quale potesse riguardarsi come cosa *nullius*, che il primo occupante avrebbe diritto di appropriarsi.

Puossi soggiugnere che di fatti la occupazione, in una società incivilita, potrebbe riuscire soltanto fonte di violenze,e disordini; mentre l'attribuzione allo Stato di tutti i beni senza padrone, nel garentire la pubblica tranquillità, è altresì più equa, giovando a tutti i membri della società, di cui lo Stato è il comune rappresentante.

Tali considerazioni al certo sono gravissime : anzi è uopo ammetterne pienamente la conclusione relativamente *agl' immobili*, ed eziandio, come appresso dimostreremo, alle *universalità di mobili.*

Le generiche espressioni adoperate negli art. 539 e 713 comprendono di fatti tutti gl' immobili. Siméon dichiarò pure positivamente che questi articoli avevano sopratutto in mira tale specie di beni ; e siccome nessuno altro articolo gli ha modificati sotto questo rapporto; debbonsi applicare, circa gl' immobili, in tutta la loro ampiezza. Dunque in qualsiasi modo immobile trovisi attualmente appartenere ad un privato, diviene e rimane proprietà dello Stato, finchè non siasi validamente alienato, o non siasene prescritta la proprietà contro di lui (art. 541 — 466).

D' ordinario lo Stato precisamente così acquista la proprietà degl' immobili dalle eredità giacenti (confr. art. 539, 723, 768—464, 644, 684; *ved.* pure l' art. 33 oggidì abrogato) ; dappoichè è uopo riflettere che gli art. 539 e 713 hanno segnatamente in mira una massa, un complesso di beni, e non cose individualmente considerate, cioè le cose che possono sole oggidì formare l'obbietto del diritto di occupazione. Altronde l' abbandono di un immobile *pro derelicto* puossi malagevolmente supporre : non pertanto, se questa ipotesi accadesse, l' immobile senza padrone apparterrebbe pure allo Stato.

È ben vero, che talvolta il prodotto di alcuni immobili torna insufficiente ad estinguere la contribuzione cui vanno sottoposti, come le terre infruttifere, le lande e le macchie, e le terre abitualmente inondate o devastate dalle acque; ma, precisamente per questo caso speciale, la legge del 3 glaciale anno II dispone,che i privati non possono esimersi dalla contribuzione cui i fondi medesimi dovrebbero andar sottoposti, se non rinunziando a quei predì a pro del comune nel quale trovansi siti (art. 65, 66 ; confr. Proudon, *del Demanio privato*, t. I, n. 407.)

18. Circa i beni mobili, giacenti e senza padrone, gli art. 539 e 713 gli attribuiscono similmente, per regola generale, allo Stato : questa attribuzione applicasi particolarmente altresì riguardo alla universalità di mobili, cioè a mobili provegnenti *dalle persone che muoiono senza eredi*, o *le cui eredità trovansi abbandonate* (confr. Pothier, *della Proprietà*, n. 22; Duranton, t. IV, n. 269.)

Ma la regola è forse, pe' mobili, tanto assoluta quanto per gl'immobili ?

Si è così insegnato; e quindi si è detto (come facea mestieri in questa teorica !) che la lepre la quale percorre i campi,ed il pesce che guizza nell' acqua corrente, e l' uccello che

vola in aria sono proprietà dello Stato! (comp: Zachariae, Aubry e Rau, t. I, p. 353 e 419, ed il nostro t. IX, n. 461.)

Simiglianti proposizioni ad evidenza non sono ammessibili; ed il vero si è che il dotto autore testè citato, non le ammette neppure esso; dappoichè soggiunge «che è permesso ai privati appropriarsi, con la immissione in possesso, talune cose (come la cacciagione ed il pesce), pertinenti di pieno diritto allo Stato.» (*Loc. supra cit.*)

Ci sembra molto più semplice ed esatto il sostenere che per contrario alcune cose non appartengono allo Stato, e sono ancora oggidì considerate come cose *nullius*, riguardo a cui l'occupazione è sempre un mezzo di acquistare, non derivato, ma originario.

Ne discende la dimostrazione primieramente da'lavori preparatori. L'art. 2 del progetto della Commissione era di fatti così concepito:

« La leggo civile non riconosce il diritto di semplice occupazione.

« I beni che non hanno giammai avuto padrone, e quelli giacenti come abbandonati da' proprietari, appartengono alla nazione; nessuno può acquistarli se non mercè possesso sufficiente a produrre la prescrizione. » Fenet, t. II, p. 124.)

Ma il tribunale di appello di Parigi presentò su questo articolo la seguente osservazione:

« Non facciamo plauso che si dica, in modo sì positivo e generale, che la legge civile non riconosce il diritto di semplice occupazione, e che i beni che non hanno giammai avuto padrone, appartengono alla nazione. Vi sono cose che non appartengono ad alcuno, e che i giureconsulti denominano *res communes*, *res nullius*. Intendesi forse torre a' privati la facoltà di acquistare tali cose per darle esclusivamente alla nazione? Forse un privato il quale attinga dell'acqua nella riviera non acquista il dominio dell'acqua attinta, e di cui abbia riempito la sua brocca? Le pietre e le conchiglie cumulate sul lido del mare non appartengono forse a chi se le appropri? Possonsi citare cento esempi simiglianti. » (Fenet, t. II, p. 212.)

Ed appunto dietro tali osservazioni, cotanto vere, la prima parte dell'art. 2 del progetto venne interamente tolta via, e la seconda parte fu modificata e ridotta a'termini della disposizione, che attualmente constituisce l'art. 713. Dunque, ad onta della generalità, indubitatamente amplissima, del suo tenore, l'articolo medesimo non attribuisce allo Stato, assolutamento e senza distinzione alcuna, tutti i beni privi di padrone; dappoichè, se così fosse, tornerebbero inesplicabili i mutamenti sofferti dal progetto della Commissione. Viemaggiormente, i susseguenti art. 714; 715, 716 e 717, si troverebbero in manifesta contraddizione con l'art. 713. Questo ultimo argomento sarebbe, di per sè solo, decisivo: di fatti appresso dimostreremo che gli art. 714 a 717 sanciscono la occupazione come modo di acquistare; epperò torna impossibile negare, che l'apparente estensione dell'art. 713 non trovisi circoscritta da' susseguenti articoli: precisamente aggiunti con tale scopo (comp, Toullier, t. II, n. 475.)

Dunque conchiudiamo, che la occupazione è ancora, in alcuni casi, un modo di acquistare; e questa conclusione, ne' limiti in cui dimostreremo trovarsi circoscritta, è unisona del pari a' testi in esame ed alla stessa necessità ed al buon senso.

19. — « L'occupazione insegnava Pothier, è il titolo onde si acquista il dominio di una cosa che non appartenga ad alcuno, appropriandosela con lo intendimento di acquistarla. » (*Della Proprietà*, n. 20).

Di fatti l'occupazione richiede due condizioni, come il possesso, di cui è un semplice modo, cioè: il fatto, *factum*, val dire l'appropriazione corporale; e lo intendimento, *animus*, val dire la volontà di appropriarsi la cosa (*ved.* il nostro t. IX, n. 479.)

In generale è necessaria la immessione in possesso della cosa *corpore*. È uopo come diceva pure Pothier, *aver toccato le cose!* Nondimeno questa regola non è assoluta: anzi avvisiamo che si formulerebbe più esattamente questa prima condizione della occupazione, affermando che, per avverarsi la occupazione, è necessario che la cosa sia in potere di chi abbia la volontà di appropriarsela: « . . . *ut si in meam potestatem pervenit*, *meus factus sit* . . . » (L. 55, ff. *de adq. rer. dom.*)

N. II. In quali casi è ammessa la occupazione?

SOMMARIO

20. — Puossi affermare ammettersi la occupazione qual maniera di acquistare in cinque ipotesi, o in altri termini, esservi cinque specie di occupazione.

20. — Il Codice Napoleone riconosce la occupazione qual modo di acquistare in quattro ipotesi principali; ovvero puossi affermare riconoscere quattro specie di occupazione

A. La occupazione, da' nostri antichi autori denominata occupazione *semplice*, non avendo alcuna particolar denominazione (art. 714 — 634);

B. La caccia (art, 715 — 635);

C. La pescagione (art. 715);

D. La invenzione (art. 716, 717 — 636, 637);

E. Da ultimo, potrebbesi aggingnere la occupazione del bottino fatto in guerra, *bellica*.

Ragioniamo intorno a queste diverse specie di occupazione.

A. *Della semplice occupazione.*

SOMMARIO

21. — Quali sono i casi della semplice occupazione, val dire quella che non ha particolar denominazione?

21. — A norma dell' art. 714—634:

« Vi sono delle cose che non appartengono ad alcuno, e l'uso delle quali è comune a tutti.

« Le leggi di polizia determinano il modo di usarne. »

Le cose cui questa disposizione si applica, son quelle in ogni tempo denominate *communes, res communes*, val dire le cose le quali, atteso la loro immensa estensione e la loro inesauribile fecondità, sono rimaste nella comunione negativa del genere umano, dappoichè sono offerte dalla stessa natura al comune uso di tutti: l'aria, la luce, il mare, l'acqua corrente (Inst., lib. II, tit. 1, § 1.) Non sono questi *beni* nel senso giuridico di tal vocabolo, cioè cose suscettive di far parte del nostro patrimonio. L' *aria ed il vento*, diceva Basnage, *non sono signorili nè ignobili* (t. I, p. 297, *de' Feudi e Diritti feudali*); oggidì neppur potremmo dire essere mobili o immobili; e di fatti è da notare che, a differenza degli art. 711, 712 e 713 — 632, 633, in cui trovasi adoperato il vocabolo *beni*, nell' art. 714 si fa uso per contrario del vocabolo *cose*.

Dunque tali cose così risguardate, l'aria atmosferica in massa, a cagion di esempio, o l'acqua corrente, nel suo volume continuo ed incessantemente rinnovellato, non possono ad evidenza formare l' oggetto di un acquisto; e ciascuno ha il semplice diritto di *goderne*, a norma de' regolamenti di polizia urbana (*ved.* il nostro t. IX, n. 461.)

Ma è manifesto altresì che porzioni segregate di tali cose possono divenire l'obbietto di un diritto di proprietà. Laonde io divengo proprietario dell'acqua che ho attinto in un vaso, in una riviera navigabile o non navigabile, poco monta; *aqua profluens res est communis*; o Pothier insegnava con massima saggezza che chi, per risparmiare lo incomodo di andare alla riviera, versasse nella sua brocca l'acqua che fosse nella mia, commetterebbe in mio detrimento un vero furto (*della Proprietà*, n. 84). Avverrebbe lo stesso di una determinata quantità di aria chiusa da un chimico in qualche recipiente.

Queste ipotesi le più usuali son quelle della semplice occupazione, la quale non ha particolar denominazione: dunque tale specie di occupazione è un modo di acquistare la proprietà; e, sotto questo rapporto, potrebbesi intendere altresì il vocabolo *usare*, adoperato nell' art. 714, nel senso di esprimere ciascuno potersi appropriare le porzioni delle cose comuni di cui prende possesso. « Pressappoco nel medesimo senso, soggiugne Ducaurroy, si afferma, riguardo ad una persona, godere ella de' diritti civili, per dinotare appartenergli i diritti medesimi. » (Comp: art. 8 e 13—9; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 383.)

B. *Della Caccia.*

SOMMARIO

22. — L' esercizio della facoltà di cacciare trovasi oggidì regolato dalla legge del 3 maggio 1844. — Esposizione. — In qual senso l'art. 715 del Codice Napoleone si riferisce alla legge medesima?

23. — Continuazione. — Il cacciatore acquista forse la proprietà della cacciagione uccisa o presa sul predio altrui, senza il consenso del proprietario o ad onta del suo divieto?

24. — A quali specie di animali applicasi la occupazione mercè della caccia?

25. — In qual modo segue la occupazione mercè della caccia? — La cacciagione inseguita, ferita o non ferita, dal cacciatore, può forse appropriarsela altri che colui dal quale venga inseguita?

26. — La proprietà degli animali selvaggi, mercè la occupazione, offre di particolare perdersi col possesso stesso, quando quegli animali, fuggendo, abbiano riacquistato la naturale libertà

27. — Continuazione. — Disposizioni speciali della legge del 28 settembre 1791 relativamente agli sciami di api.

22. — Il tenore dell' art. 715 — 635 è il seguente:

« La facoltà della caccia e della pesca è pa-« rimente determinata da leggi particolari. »

Non abbiamo ad offerir qui una istorica e-

sposizione del diritto di caccia. Basta lo affermare che la legge particolare oggidì in vigore all' obbietto è quella del 3 maggio 1844. La qual legge racchiude più ordini di prescrizioni, il cui duplice scopo si è, nello interesse de' privati, il garentire la inviolabilità del privato dominio, e nel generale interesse, il preservare i frutti e le ricolte, il prevenire lo eccessivo annientamento della cacciagione, ed eziandio il vigilare alla sicurezza delle persone.

Laonde nessuno ha la facoltà di cacciare sul predio altrui senza il consenso del proprietario o de'suoi aventi diritto (art. 1 — 1); E, eziandio sul proprio fondo, il proprietario non può cacciare; se la caccia non sia aperta, e se non siaglisi rilasciata una permissione di caccia dall' autorità competente (art. 1). Nondimeno è uopo aggiugnere che il proprietario può cacciare o far cacciare in ogni tempo, senza permissione di caccia, ne' suoi tenimenti limitrofi ad un'abitazione, e circondati da una cinta continua che faccia ostacolo ad ogni comunicazione co' predi vicini (art. 2.)

Il cominciamento ed il fine della caccia vengano, in ogni dipartimento, annunziati pubblicamente da' prefetti (art. 3.) In ogni dipartimento altresì è vietato esporre in vendita, vendere, comprare, trasportare e portare in giro la cacciagione durante il tempo in cui la caccia non vi è permessa; e, in caso d' infrazione a questa disposizione, la cacciagione viene sequestrata o consegnata allo stabilimento di beneficenza il più vicino (art. 4.)

Le altre disposizioni della legge sono relative a'permessi di caccia (art. 5—8); al potere che appartiene a' prefetti, dietro il parere dei consoli generali, di ammettere ordinanze risguardanti la caccia di alcuni animali (art. 9); alle pene, alla comprovazione, ed al procedimento avverso i reati (art. 11—31).

Noi vi facciamo rimando como l' art. 715; di fatti queste diverse prescrizioni sono, nella maggior parte, estranee alla quistione, che nel comento dobbiamo disaminare.

Di che mai trattasi qui, nel titolo in esame risguardante *i modi di acquistare?* unicamente di una quistione di acquisto di proprietà.

Il cacciatore, il quale ammazza un uccello o un quadrupede, ne diviene forse proprietario ? ecco il nostro subbietto.

Ebbene! la risposta è semplicissima: la proprietà dell' animale ucciso nella caccia appartiene al cacciatore, in forza del diritto di occupazione, e, bene addentrandosi nel senso dell' art. 715, si ravviserà che esso non ha, e che non può avere altro scopo se non quello di sancire tal modo di acquistare; dappoichè se non risolvesse virtualmente questa quistione di proprietà, tornerebbe affatto inutile: non comprenderebbesi per qual ragione i compilatori del Codice avrebbero scritto qui un apposito articolo, unicamente per riferirsi alle leggi particolari su la caccia; mentre trovasi perfettamente spiegata questa disposizione, nel senso che essa ha per iscopo di dichiarare che le disposizioni di regolamento e di polizia su l'esercizio della caccia, non annientano la regola del diritto civile, il quale attribuisce al cacciatore la proprietà dell' animale ucciso.

23. Questa regola è evidentissima, quando l' animale sia stato ucciso dal cacciatore sul proprio fondo o sul fondo altrui con la permissione del proprietario.

Ma è forse uopo applicarla eziandio nel caso in cui il cacciatore abbia ucciso o preso la cacciagione sul predio altrui, senza la permissione del proprietario, o ad onta del suo divieto?

Molto antica è questa quistione; e Cuiacio sostenne la negativa (Osserv. 4, cap. 11). Ma la opposta soluzione fu sempre generalmente insegnata; ed essa appunto emerge dalle leggi romane (confr. Inst., § 12, *de rer. div.*; Vinnio, *hoc loco*).

Potbier, vigente l' antico diritto, la professava similmente (*della Proprietà*, n. 24): ed è dessa indubitatamente la migliore eziandio sotto l' impero dell' attuale diritto.

Il divieto fatto dal proprietario ad una persona di cacciare sul proprio fondo non muta effettivamente la natura della cacciagione, la quale è sempre cosa *nullius*; *prohibitio ista*, diceva benissimo Vinnio, *conditionem animalis mutare non potest* (*Loc. supra.*) Il padrone del predio non potrebbe esercitare un'azion di rivendicazione della cacciagione, non essendone stato giammai proprietario: tutto ciò che può fare si è agire pel ristoro de'danni-interessi.

La legge del 3 maggio 1844 nulla contiene di contrario a questo principio (*ved.* l'art. 11, n. 2). Unicamente in caso di caccia in tempo vietato essa priva il cacciatore della cacciagione uccisa o presa, e non per consegnarla al proprietario del predio su cui fosse stata uccisa da un terzo; dappoichè, per contrario, abbiamo già osservato che essa l' attribuisce agli stabilimenti di beneficenza (*supra*, n. 22;

confr. arresto C. cass. 13 ag. 1840, Desmares, Dev., 1840, I, 732; Toullier, t. II, n.° 7; Proudhon, *del Demanio privato*, t. I, n.386, Duranton, t. IV, n. 279 e 283; Demante, t. III, n 11 *bis* III.)

24. — Altronde è manifesto che tal modo di acquisto applicasi a'soli animali affatto selvaggi, *ferae bestiae* (Inst. § 12, *de rer.div.*), quadrupedi o volatili viventi, come diceva Pothier, *in laxitate naturali* (*della Proprietà*, n. 21 e 24).

Dunque non potrebbesi estendere agli animali particolari, o domestici *mansueta*, nè agli animali di natura selvaggia, ma addomestichiti, ed i quali reputansi appartenere al proprietario del predio in cui hanno, in certa guisa, prescelto stanza, finchè conservino l'abitudine di tornarvi (confr. Inst., *de rer.div.*, § 15; Pothier, *della Proprietà*, n. 21; art. 564 C. Nap. — 489; art. 388 C. pen.; decis. C. di Rouen 14 feb. 1845, Fournier, Dev., 1845, II, 236; di Rennes 29 ott. 1847 Delalande, Dev., 1849, II, 225; *ved.* eziandio, intorno a questo subbietto, il nostro t. IX, n. 176 a 180).

25. — Ben si comprende essere uopo altresì richiedere, nella occupazione mercè la caccia, la condizione generale necessaria per aver luogo ogni occupazione, cioè l'appropriazione corporale, *factum*, o alcuno che la cosa sia incontrastabilmente in potere di chi abbia la volontà di appropriarsela (*supra*, n. 19).

E precisamente cotesta regola servir dee a risolvere la quistione, da sì lungo tempo agitata, della cacciagione inseguita.

Può forse ammazzarla o prenderla persona diversa da quella che la insegue?

No, a credere di Barbeyrac, ancorchè la cacciagione non fosse stata ferita dal cacciatore che la inseguisse:

Sì, a credere di Puffendorfio, se l'animale inseguito non sia ferito o il sia leggiermente (Libro IV, cap. VI, n. 10).

Pothier, senza emettere alcuna opinione, osserva soltanto che il sentimento di Barbeyrac è *più civile e seguito nell' uso* (*della Proprietà*, n. 26).

Nondimeno il vero si è che l'animale, eziandio inseguito e ferito dal cacciatore, neppur gli appartiene, e che la occupazione avverasi sol quando sia ad evidenza in poter suo, per guisa da non esser più possibile sfuggirgli: così statuiscono le Instituta di Giustiniano, le quali non scorgono nel cacciatore la proprietà della cacciagione, eziandio ferita, *vulnerata*, se non quando l'abbia presa: *non aliter quam si ceperis; quia multa accidere solent ut non capias* (§ 13, *de rer. div.*; agg. L. 55. ff. *de adq. rer. dom.*)

Altronde non intendiamo risolvere qui una quistione di convenienza, di buon procedere o di saper vivere, ma semplicemente una quistione di diritto (confr. Proudhon, *del Dem. privato*, t. I, n.386; Duranton, t. IV, n.278).

La conseguenza di tal soluzione si è ancora che il cacciatore non potrebbe continuare ad inseguire sul terreno altrui, senza consenso del proprietario, la cacciagione da lui ferita ed inseguita.

26. —La proprietà acquistata sugli animali selvaggi, mercè l'occupazione, val dire mercè lo impossessamento, offre di particolare perdersi col possesso medesimo, quando gli animali, per una specie di *jus postliminii*, abbiano ricuperato, con la fuga, la naturale libertà, e quindi sieno tornati nella comunione negativa del genere umano; a differenza delle cose inanimate, ed eziandio degli altri animali, di cui conserviamo la proprietà, ancorchè fuorviati (confr. L. 3, § 2, e L. 5, § 6, ff. *de adq, rer. dom.*; Pothier, *della Proprietà*, n. 57).

27. — Nondimeno osserviamo, sù tal punto, che relativamente li sciami di api, la legge del 28 settem. 1791 (tit. I, sez. III, art. 5) contiene una semplice disposizione così concepita:

« Il proprietario di uno sciame di api ha diritto di reclamarlo ed appropriarselo, finchè non abbia cessato di seguirlo; diversamente appartiene al proprietario del suolo sù cui siasi stabilito. »

Quindi, da un lato, il proprietario dello sciame fuggito può esercitare un diritto d'inseguimento; diritto antichissimo, il quale sembra derivare dallo assimilarsi alle cose perdute le api fuggito (*Stabilimento di San Luigi*, Lib.I, cap. CLXV; comp. Klimrath, *Rivista di legislaz.*, t. II del 1835, p. 398): dal che è lecito inferire, lo sciame di api smarrite, potersi inseguire sino sul suolo altrui a condizione di ristorare il proprietario del danno arrecatogli (conf. Toullier, t. II, n, 374; Massè e Vergè sopra Zachariæ, t. II, p. 104; Chavot, *della Proprietà mob.*, t. II, n. 433);

E d'altro lato, il proprietario del suolo sù cui siasi stabilito lo sciame ne acquista la proprietà appena il padrone dello sciame stesso abbia cessato d'inseguirlo, e conseguentemente prima della sua immissione in posses-

so. Questo ultimo stabilimento della legge del 28 settembre 1791 diversifica da' dettami del diritto romano (Inst. *de rer. div.*, § 14) e dal nostro antico diritto francese (Pothier; *della Proprietà*, n. 80). A norma delle precedenti legislazioni lo sciame non apparteneva al proprietario del predio su cui erasi stabilito più dell' uccello che avesse fatto il nido sul predio medesimo; ed unicamente mercè la occupazione potevasene acquistare la proprietà, sia dal padrone del predio, sia da ogni altro. È innegabile esser cotesta teorica più consona a' veri principî (conf. Proudhon, *del Dem. privato*, t. I, n. 126 a 405).

C. *Della Pesca.*

SOMMARIO

28. — È mestieri distinguere la pescagione marittima dalla pescagione fluviale. — Esposizione.
29. — La pescagione è un modo di acquistare mercè occupazione. — Ma chi eserciti la pescagione senza diritto o senza permissione di colui al quale apparteneva il diritto ne diviene forse proprietario del pesce da lui preso?
30. — Per quali specie di pesci la pesca constituisce un mezzo di acquistare?

28. — L' art. 715 — 635 comprendo, negli stessi termini, la facoltà di cacciare o pescare, val a dire che, limitandosi a rimandare alle leggi particolari che ne determinano l' esercizio, virtualmente sancisce la pescagione, al pari della caccia, qual modo di acquistare (*supra*, n. 22; *ved.* nondimeno *infra*, n. 29.)

All' obbietto è nopo distinguere la pescagione marittima, la quale si esercita nelle acque salse, dalla pescagione fluviale, la quale si esercita nelle acque dolci.

I. — La pescagione marittima trovasi tuttodì regolata dalla ordinanza sulla marina del 1684.

Ogni persona può pescare nel mare senza speciale permissione (Libro 5, tit. 1, art. 1 della predetta ordinanza; Pothier *della Proprietà*, n. 54.) Precisamente in tal senso si suole affermare esser libera la pesca marittima; dappoichè altronde essa va sottoposta a prescrizioni regolamentarie e di polizia, le quali, nello interesse generale, per impedire la distruzione della fregola, e favorire la riproduzione delle due specie di pesci, determinano i tempi, stagioni ed ore duranti i quali la pesca trovasi introdotta, i processi, le macchine ed istrumenti vietati, come la dimensione delle reti di cui è permesso l' uso (confr. lib. V *dell' ord.* del 1684; dichiarazioni del re do' 23 apr., 2 sett. e 24 dic. 1726; 18 marzo 1727; agg. ord. 13 maggio 1818, *ved*, del resto Merlin, *Rep*,, v° *Pesca*, sez. 2.)

II. — La pesca fluviale trovasi regolata, appo noi, dalla legge del 15 apr. 1829, cui è uopo aggiugnere l'altra del 6 giugno 1840.

Ne' corsi di acqua navigabili o atti a trasporto, e nelle loro dipendenze, la cui manutenzione è a carico dello stato o de' suoi aventi causa, il diritto di pesca viene esercitato a pro dello Stato; la pesca nella linea atta a trasporto è nondimeno permessa ad ogni persona, eccettuato il tempo della fregola (art. 1 e 5 della legge del 1829.)

Negli altri corsi di acqua i proprietarî di fondi lungo i medesimi hanno, ciascuno dal lato suo, il diritto di pesca sino alla metà del corso dell' acqua, senza detrimento de' diritti in contrario stabiliti con possesso o titolo (articolo 2; *ved.* il nostro t. X, n. 140.)

Chiunque si dedichi alla pesca, senza permissione di colui al quale compete il diritto di pesca, va soggetto ad un' ammenda, a norma dell' artic. 5; ed è da por mente soggiugnersi dall' articolo medesimo esservi *luogo inoltre alla restituzione del prezzo del pesce preso in contravvenzione*. . . .

Le altre disposizioni della legge risguardano l' amministrazione della pesca; le aggiudicazioni e cauzioni (tit. II e III); il titolo IV trovasi particolarmente destinato alla conservazione ed alla polizia della pesca; e dà i provvedimenti necessarî nello interesse pubblico, per ovviare alla eccessiva distruzione del pesce e favorire la sua riproduzione nelle riviere. Le rimanenti disposizioni della legge risguardano il modo d' investigare e perseguire i reati, le pene, le condanne e la esecuzione delle sentenze (tit. V e seg.; agg. ordin. del 15 nov. 1830, del 28 ott, 1840; del 28 febbraio 1842.)

29. — È incontrastabile esser la pesca un modo di acquistare, a pro di coloro i quali l'esercitano in forza del proprio diritto o con permissione di colui al quale appartiene il diritto di pesca: il pesce che prendono viene allora acquistato da essi a titolo di occupazione.

Ma forse è uopo affermare altrettanto circa il caso in cui il fatto della pesca siasi esercitato da un individuo privo di diritto, e che non avesse ottenuto la permissione di colui al quale il diritto apparteneva?

L'affermativa parrebbe unisona a'principî; dappoichè il pesce che nuota nell'acqua corrente è cosa *nullius* al pari della cacciagione che percorre i campi, e dell'uccello che vola nell'aria; e come chi caccia sul predio altrui, senza permissione del proprietario, acquista sempre la cacciagione uccisa (*supra*, n. 23), così del pari chi pesca in un corso di acqua senza permissione di colui al quale appartiene il diritto di pesca, parrebbe dover eziandio acquistare il pesce che ha preso, salvo, bene inteso, la condanna alle pene fulminate dalla legge ed al ristoro de'danni-interessi. Di fatti tali erano gli stabilimenti del diritto romano (Inst.*de rer.div.*,§ 12);e tali sarebbero altresì quelli del nostro vigente diritto, se vi fosse il solo art. 715. Ma la legge del 15 ap. 1829 contiene, all'obbietto, una speciale disposizione ; ed abbiamo già osservato (*supra*, numero 28) che precisamente l'art. 5 di questa legge dispone che chi abbia pescato senza permissione di colui al quale il diritto di pesca si appartiene, è in obbligo di restituire il prezzo del pesce da lui pescato ; dunque non ammette esserne divenuto proprietario o almeno essa non vuole (la qual cosa da ultimo dinota lo stesso) che ne conservi il vantaggio (confr. Pothier, *della Proprietà*, n. 54 ; Demante, t. II, n. 2 bis, 3.)

Nondimeno la opposta dottrina viene insegnata da Proudhon, il quale invoca il solo art. 42 della legge del 15 aprile 1829. Ma il dotto autore sembra aver dimenticato l'articolo 5, il quale, nel caso da esso contemplato ed intorno a cui dobbiamo unicamente ragionare, parla non della confisca, ma *della restituzione* del prezzo del pesce (confr. del *Dem. privato*, t. I, n. 368.)

30. — Altronde è manifesto, in tutt'i casi, non poter la pesca constituire un modo di acquistare mercè occupazione se non quando si eserciti riguardo a' pesci *in laxitate naturali*, i quali non abbiano ancora formato l'obbietto di una occupazione anteriore sempre conservata.

I pesci degli stagni, de'laghi, delle peschiere sono privata proprietà; ed un terzo che se ne impadronisse commetterebbe un vero furto (confr. art. 564 — 489 ; Pothier *della Proprietà*, n. 55; Duranton, t. IV, n. 203.)

—

D. — *Della invenzione.*

SOMMARIO

30. *bis*. — Che cosa sia la invenzione, ed a quali oggetti si applichi.
31. — Affinchè la invenzione si avveri ed attribuisca la proprietà, è forse indispensabile la effettiva appropriazione della cosa ?

30 *bis*. — La invenzione è una specie di occupazione, onde la proprietà si acquista da chi trovi una cosa non appartenente ad alcuno, ovvero, in determinati casi, una cosa pertinente a qualcuno, ma il cui padrone sia ignoto. A differenza della caccia e della pesca, le quali applicansi alle cose animate, la invenzione applicasi al contrario per lo più alle cose inanimate ; e potrebbesi soggiugnere esser dessa in generale l'effetto del caso, benchè possa emergere altresì da procedimento e da indagine *ad hoc*.

La invenzione principalmente si riferisce a tre specie di cose :

1° Al tesoro ;

2° Alle cose prive di padrone, o che non sieno mai appartenute ad alcuno, o che siensi abbandonate *pro derelicto* da colui al quale appartengono ;

3° Alle cose perdute, smarrite, attribuendo a questo vocabolo la più lata significazione.

31. — Essendo la invenzione una specie di occupazione, non può conseguentemente avvenire se non mercè lo effettivo impossessamente della cosa (*supra*, n. 19).

Non pertanto si è da lungo tempo dimandato « se fosse sufficiente averla risguardata con lo intendimento di riunirla ed appropriarsela, per modo che se due persone avessero volto il pensiero simultaneamente ad una cosa *nullius* con tale intendimento, dovrebbe appartener loro in comune. »

Ma Pothier, dopo avere così elevata la quistione in esame, la risolveva per la negativa (*della Proprietà*, n. 63), e con massimo fondamento.

In vero da un lato la occupazione è il possesso; ed il possesso è il fatto! è l'appropriazione corporale! indarno invocherebbesi in contrario la legge 1, § 21 del Digesto, *de adquirenda vel amittenda possessione*, la quale dichiara : *non est necesse corpore et affectu apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu ;* dappoichè trattasi, in questa legge, della tradizione, cioè della trasmissione

del possesso da uno ad un altro, la quale può seguire fra le parti consenzienti, mercè di alcune finzioni, *videri mihi traditam*; mentre il possesso originario, il quale produce la proprietà mercè la occupazione, richiede regolarmente l'appropriazione stessa della cosa (*supra*, n. 19);

D'altro lato questa regola ovvia agl'inconvenienti ed alle difficoltà quasi sempre inevitabili, se la cosa dovesse appartenere in comune a tutti coloro che pretendessero averla scoperta contemporaneamente, o a colui soltanto, il quale pretendesse essere stato il primo a scoprirla.

Dunque conchiudiamo che la cosa appartiene a chi fu il più diligente ad appropriarsela.

Nondimeno è uopo eccettuarne il tesoro (*infra*, n. 54).

N. I. Della invenzione applicata al tesoro.

SOMMARIO.

32. — Divisione. — I. Che cosa sia tesoro. — Tre circostanze sono indispensabili, a norma dell'art. 716, per esservi tesoro.

33. — 1. È uopo che trattisi di cosa nascosta o sepolta.

34. — Evvi forse tesoro sol quando la cosa sia nascosta in un predio rustico o urbano? — *Quid* se trovisi nascosta in un mobile in un armadio, a cagion di esempio?

35. — Altronde ogni cosa, qualunque sia, quanto volte trovisi nascosta constituisce un tesoro.

36. — È uopo altresì che la cosa abbia una individualità propria e non si confonda col mobile o con l'immobile in cui si trovasse.

37. — Debbonsi forse considerare qual tesoro gli antichi avalli in un campo e le medaglie o altri oggetti preziosi sotterrativi?

38. — 2. È uopo che nessuno possa giustificare la sua proprietà su la cosa nascosta.

38 *bis*. — Evvi forse un termine in cui, sotto pena di decadenza, debbasi fare tal giustificazione?

39. Continuazione. — In qual modo può mai giustificarsi la proprietà da chi reclami la cosa?

40. — Continuazione. — Per massima non basta forse che la cosa nascosta sia di recente formata per non constituire un tesoro?

41. — 2. È necessario che la cosa venga scoverta per puro effetto del caso. — Osservazione.

42. — II. A chi appartenga il tesoro scoverto. — Se il proprietario lo scopra nel proprio predio, l'acquista interamente. — Ma a qual titolo?

43. — Se il tesoro venga trovato nel predio altrui, appartiene per metà a chi l'ha scoperto, e per metà al proprietario del predio. — Su qual principio poggia questa ripartizione del tesoro fra l'inventore ed il proprietario.

44. — Quale è mai il diritto della comunione coniugale, quando il tesoro venga trovato da un terzo sopra il predio particolare di uno de'coniugi?

45. — *Quid*, nella stessa ipotesi, quando il tesoro venga trovato dal coniuge medesimo nel predio di sua particolare proprietà?

46. — Altronde il tesoro comincia ad appartenere, sia per metà, sia pel tutto, al proprietario del predio a principiare dal giorno in cui siasi scoperto. — Importanza di tale osservazione.

46. *bis*. Il tesoro rinvenuto in un predio troverebbesi forse colpito dalle ipoteche che gravano il predio stesso?

46. *ter*. — Il compratore con patto di ricompra di un predio in cui il tesoro si fosse rinvenuto potrebbe forse, dopo esercitata la ricompra, conservare la porziona di tesoro da lui acquistata, *jure soli*, nel tempo in cui erane proprietario?

47. — Chi è mai il proprietario nel senso dell'art. 716? *Quid* dell'usufruttuario, dell'usuario, di chi abbia un diritto di superficia o di enfiteusi, del possessore di buona fede?

48. — *Quid* rispetto a chi abbia comprato, per demolirlo ed appropriarseno i materiali, un muro o edifizio, in cui si trovasse nascosto un tesoro? — O rispetto a chi abbia acquistato separatamente il piano di una casa?

49. — *Quid*, se chi abbia rinvenuto un tesoro nel predio altrui abbia cercato appropriarselo interamente, a frodolentemente sottrarre la metà dalla legge attribuita al proprietario?

50. — Chi è mai lo inventore del tesoro nel senso dell'art. 716? *Quid* rispetto all'operaio adoperato dal proprietario del predio, e che vi rinvenga un tesoro?

51. — L'inventore ha diritto alla metà del tesoro sol quando l'abbia scoperto per mero effetto del caso. — Spiegazione.

52. — Chi abbia praticato indebitamente lavori o scavi nel predio altrui, ma senza intendimento di ricercarvi un tesoro, avrebbe forse diritto alla metà del tesoro da lui rinvenuto?

53. — Chi, avendo diritto di fare, in proprio nome, lavori e scavi nel predio altrui, ne avesse praticato pel preciso obbietto di ricercare il tesoro, avrebbe forse diritto alla metà del tesoro da lui cercato e scoperto?

54. — L'inventore è colui che fu il primo a rendere visibile il tesoro. — Conseguenze.

55. — Fra più operai che lavorino insieme nello stesso luogo chi mai debbe venir riguardato inventore del tesoro scoperto?

55 *bis*. — *Quid*, se il tesoro si fosse rinvenuto da un'animale appartenente a persona diversa dal proprietario del predio?

32. — Per diritto in che mai consiste il tesoro?

Ed a chi appartiene il tesoro scoperto?

Ecco le due quistioni che dobbiamo qui risolvere.

I. Il tesoro, come appresso dimostreremo, non è precisamente una cosa *nullius*; ed avrebbesi potuto rivocare in dubbio esser suscettivo di acquistarsi mercè la occupazione. D'altro lato lo scoprimento del tesoro poteva

far porre in campo opposte pretensioni dall'inventore e dal proprietario del predio in cui il tesoro si fosse rinvenuto. Indubitatamente è questa la ragione per cui le legislazioni anteriori, il diritto romano e l'antico diritto francese ne avevano specialmente trattato (confr. L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*, Inst., *De rer. div.*, § 39; L. *unic. cod. de Thesauris*; Pothier, *della Proprietà*, n. 64 e seg.).

E cotesti motivi chiariscono altresì la special disposizione del Codice intorno al subbietto.

L'art. 716 — 636 è così concepito:

« La proprietà di un tesoro appartiene a « colui che lo trova nel proprio fondo: se il « tesoro è trovato nel fondo altrui appartiene « per metà a quello che l'ha scoperto, e per « l'altra metà al proprietario del fondo.

« Il tesoro è qualunque cosa nascosta o « sepolta, della quale non v'ha alcuno che « possa giustificare di esserne il padrone, e « che viene scoperta per il solo effetto del « caso. »

Tre circostanze constituiscono, come ben si ravvisa, in conformità del surriferito articolo, ciò che noi in diritto denominiamo tesoro: è uopo:

1° Che la cosa sia stata nascosta o sepolta;

2° Che nessuno possa giustificare esserne il padrone;

3° Che venga scoperta pel solo effetto del caso.

33. — 1° Primieramente, dichiara l'articolo 716, il tesoro è *qualunque cosa nascosta* o *sepolta*; e, rinvenendovisi altresì adoperate le espressioni *il tesoro trovato* NEL proprio fondo, . . . NEL *fondo altrui*, dimostra viemmaggiormente essere indispensabile che la cosa siasi scoperta nello interno del predio.

Se dunque la cosa si trovasse sulla superficie delle terre, o più generalmente, se fosse visibile, come, a cagion di esempio, una borsa, un gioiello, che colui al quale appartenessero avesse lasciato cadere, sarebbe semplicemente una cosa perduta: la regola riguardante il tesoro vi tornerebbe inapplicabile (*infra*, n. 70; confr. Delvincourt, tom. II, pag. 2, nota 4; Proudhon, *del Dem. privato*, t. I, n. 392; Marcadé, art. 716, n. 2; Massé e Vergé sopra Zachariæ, t. II, p. 101.)

34. — Vi è forse tesoro sol quando la cosa trovisi nascosta in un immobile, in un predio rustico o urbano?

Ovvero la cosa nascosta in un mobile, per esempio, nel tiratoio di un tavolino o di comò constituisce forse eziandio un tesoro?

Pothier, parlando del tesoro, sembra supporre sempre trovarsi *nascosto nel suolo*, *in un campo* o *in una casa* (*della Proprietà*, n. 64). E già per diritto romano i giureconsulti riferivansi sempre a questa ipotesi di una cosa rinvenuta *in fundo in solo* (confr. Inst. *de rer. div.*, § 39; L. XXXI, § 1, ff., *de adq. rer. dom.*).

Tale sembrerebbe essere del pari lo intendimento onde viene informato l'artic. 716, quando suppone che il tesoro si trovi *in un fondo*, e consista in una cosa *sepolta* (ved. pure l'art. 1 della legge del 23 nebbioso anno II, e Proudhon, *del Dem. privato*, tom. I, n. 397).

Nulladimeno non avvisiamo essersi tali espressioni qui adoperate in senso restrittivo.

Se, nella prima parte dell'art. 716, il legislatore ha adoperato il vocabolo *fondo*, indubitatamente ciò è avvenuto sol perchè contemplò il caso più ordinario, *id quod plerumque fit*.

Altronde, nella seconda parte, in cui dà la definizione stessa del tesoro, l'art. 716 adopera i vocaboli *nascosta* o *sepolta;* or il vocabolo *sepolta* converrebbe alle sole cose sotterrate, e non potrebbesi applicare con esattezza alle cose riposte in edifizi: rimane dunque il vocabolo *nascosta*, il quale si addice ai mobili del pari che agli edifizi.

E siccome da ultimo la ragion di decidere è la stessa in tutt'i casi, riguarderemo qual tesoro ogni cosa nascosta, sia in un immobile, sia in un mobile (confr. Duranton, t. IV, n. 311; Marcadé sull'art. 716, n. 2; Aubry e Rau sopra Zachariæ, t. II, p. 118; Massé e Vergé, t. II, p. 101).

35. — Altronde *qualunque cosa*, quale che siasi, tostochè trovisi nascosta, constituisce un tesoro: monete, verghe, medaglie, pietre preziose, gioelli, vasi, urne, statue ec., finalmente tutte le cose mobili, *mobilia*, essendo i soli mobili suscettivi di venire nascosti (L. *unic.* Cod. *de thesauris*).

Era pur questo il senso generale ed ampio della definizione romana: *Vetus quædam depositio pecuniæ* (L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*); *pecunia*, vocabolo generico, il quale dinota ogni materia preziosa, qualunque sia (confr. A. Thomas Latour, *della invenzione de' tesori*, *Rivista di legislaz.*, di Volowski 1852, t. II, p. 44.)

36. — Ad evidenza ciò che è indispensabile altresì si è che la cosa, la quale forma il tesoro, abbia una individualità propria, e che non si confonda col mobile o con lo immobile in cui venisse trovata: a cagion di esempio una miniera di oro o di argento non è ad evidenza un *tesoro*; dappoichè constituisce il suolo medesimo; ed il proprietario del suolo dimostrerebbe allora con moltissima facilità la proprietà sua, invocando l'art. 552 — 477. La espressione *nascosta* o *sepolta* dimostrano altronde che la cosa constituente il tesoro debba essersi riposta nel fondo dalla mano dell' uomo.

Ed eziandio, sotto questo punto di veduta, talune cose, in origine mobili, potrebbero addivenire immobili per accessione ed incorporazione, per guisa da appartenere esclusivamente al proprietario del suolo a cagion di esempio, tal sarebbe il caso contemplato dall' art. 559 — 484, in cui pietre, legname, materiali qualsivogliano, staccati da un fondo, si fossero uniti ad un altro, per modo da formare con essi un sol corpo. È da aggiugnere che allora non potrebbesi affermare essersi tali cose *nascoste* nel fondo medesimo (*ved.* il nostro t. X, n. 101).

37. — Si è agitata quistione se debbansi risguardare qual *tesoro* gli antichi avelli in un campo, e le medaglie o altri oggetti preziosi sotterrativi.

Manifesta è la soluzione negativa circa le tombe in pubblici luoghi destinati al seppellimento de' cadaveri o in luogo privato formante il particolar sepolcro di una famiglia (conf. A. Thomas Latour, *Rivista di legisl.*, 1852, t. II, p. 53; decis. C. di Lione 19 feb. 1856, Dupont de Chavagneux, Dev. 1856, II, 307).

Ma debbe forse così avvenire quando lo scoprimento dell' avello si faccia in luogo non destinato a talo obbietto?

La corte di Bordò statuì affermativamente:

« Atteso che le cose nascoste o sepolte dal legislatore additate con la denominazione di tesoro possono essere quelle sole aventi commerciale valore, quando il loro possessore le nasconda o le seppellisca per assicurarne la conservazione; che le tombe racchiudenti umani cadaveri e scavate nelle viscere della terra, possono tanto meno venir risguardate qualo nascosto tesoro, in quanto che per contrario trovansi unicamente destinato a sottrarre a tutti gli sguardi le mortali spoglie racchiusevi; che dallo inverso sistema emergerebbe potersi violare lo estremo riposo degli estinti, e formare de' loro sepolcri l'oggetto di una commerciale speculazione, la qual cosa ripugna del pari alla ragione ed alla morale di tutti i popoli .... » (Decis. 6 ag. 1806, Blancherot, Sirey, 1806, II, 175.)

Potrebbesi soggiugnere cotesti avelli ed i preziosi oggetti racchiusivi non essersi inviscerati nel suolo con lo intendimento caratterizzante il deponimento denominato tesoro, val a dire temporaneo, nè, per valerci delle espressioni del romano giureconsulto: *vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ*... (L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*); per contrario constituire un sotterramento da rimanere perpetuamente, ed il quale, lungi dal serbare la sua caratteristica individualità, doveva per contrario identificarsi al suolo, talchè, sotto alcuni riguardi, la tomba ed i suoi accessori, divenissero, per volontà de' proprietari da cui vennero eretti, una dipendenza dello immobile, ed essa medesima una specie d'immobile per destinazione (arg. dagli art. 521, 525 — 447, 448). Cotesto punto di veduta parrebbe segnatamente esatto, se le tombe si trovassero costrutte in fabbrica (articolo 552 — 477; confr. D. *rac. alf.*, v° *Proprietà*, n. 16).

Tali considerazioni indubitatamente non mancano di gravezza; ma son forse densive?

Ben si comprende non trattarsi, nella proposta quistione, del caso in cui gli scavi eseguiti constituissero una violazione di sepolcri, in conformità del Codice penale (art. 360).

Supponiamo che il proprietario del suolo potesse appropriarsi gli oggetti così rinvenuti e disporne: or, se il proprietario ha questo diritto, per qual ragione lo inventore non lo avrebbe del pari per la metà della leggo attribuitogli?

È manifesto altresì non esser necessario, per esistere tesoro, che la cosa sia stata nascosta o sepolta, in origine, dal proprietario per un tempo soltanto e con lo intendimento di estrarnela dappoi. Le medaglie commemorative che ripongonsi nel suolo al tempo del collocamento della prima pietra de' monumenti, ovvero quello che gli antiquari talvolta amano altresì deporre nel suolo, vi vengano collocate per rimanervi *in perpetuum*; ed al certo esse saranno sempre tesori per coloro i quali, in avvenire, le scopriranno.

38. — 2° In secondo, per esservi *tesoro*, è uopo che nessuno possa dimostrare la proprietà sua sulla cosa nascosta; avvegnachè, ove si possa conoscere da chi siasi nascosta o dimenticata, la cosa medesima non può riguar-

darsi come *res nullius;* essa non è un *tesoro* nel senso tecnico di questo vocabolo, benchè i romani giureconsulti l'adoperino talvolta eziandio in questo significato (*ved.*L. 15, ff. *ad exhib.* ; l. 6, ff. *de rei vindic.*) : ed essa non può venire acquistata dall' inventore, nè dal proprietario della cosa in cui siasi rinvenuta. Anzi abbiamo testè osservato (n. 32), che il tesoro; anche quando la proprietà non vengane dimostrata da alcuno, non è effettivamente cosa *nullius*, dappoichè al postutto appartiene a qualcuno e non è menomamente verosimile essersi abbandonato *pro derelicto*: e se allora ammettesi la occupazione qual modo di acquistare, la ragione si è che il padrone, essendo ignoto, reputasi non esistere: *ab ignotis dominis* ..; *ut jam dominum non habeat* (L. *unic.* Cod. *de thesaur.*; l. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*) Ma è quella una disposizione speciale: dappoichè tantosto dimostreremo che l' inventore di una cosa perduta non nè diviene immediatamente proprietario, comunque il padrone della cosa stessa sia ignoto (*infra*, n. 71); e quindi è naturalissimo che, quando il padrone della cosa scoperta dimostri la proprietà sua, la cosa medesima debbaglisi restituire integralmente.

38 *bis.* — Altronde la legge non richiede che nel momento stesso dello scoprimento il padrone della cosa trovata dimostri la proprietà sua; dunque potrebbe reclamarla dappoi, e nel corso del termine ordinario del trentennio (art. 2262 — 2169). Indarno il proprietario e l' inventore pretenderebbero che l' artic. 716 ne ha loro attribuito la proprietà , per non avere alcuno nel momento della scoperta dimostrato la sua proprietà: la risposta si è che tale attribuzione era condizionale e subordinata al caso in cui nessuno potesse dimostrare la proprietà sua; dimostrazione cui la legge non appone alcun termine sotto pena di decadenza.

39. — L'unica quistione da esaminare qui si è in qual modo possa farsi la dimostrazione di proprietà da chi reclami la cosa.

E semplicissima è cotesta quistione.

Di fatti generalmente si ammette che tal dimostrazione può farsi in tutte le guise, e che la pruova testimoniale, e conseguentemente altresì le presunzioni sono ammessibili; dappoichè questi mezzi di pruova vengono ammessi quante volte non sia riuscito possibile all'attore procacciarsi una pruova scritturale (art. 1348, 1353—1302, 1307). Or tale è al certo la posizione di chi abbia nascosto un tesoro, e soprattutto de'suoi eredi o successori, se il loro autore, come d'ordinario avviene, non abbia ad essi affidato il segreto del suo nascondiglio. Ed ancora con tali mezzi di pruova è da riflettere esser questa pericolosa diffidenza ! dappoichè, se chi ha nascosto la cosa senza svelar nulla ad alcuno muoia prima di ritirarla, essa rimane ignota a tutti; e difatti precisamente così, per lo più, formansi i *tesori !* (confr. decis. C. di Riom 26 febbraio 1840, Pinet, Sirey, 1841, II, 102; di Brusselles 15 aprile 1823 , Lambert , Dev. e Car. , *collez. nuova.*, 7, 2, 190; di Amiens 19 gen. 1826, Rey, Sirey, 1827, II, 161 ; di Bordò 22 feb. 1827, Mimand, D., 1827, II, 104 ; Pothier, *della Proprietà*, n. 66, Toullier, t. IV, n. 36, e t. VII, n. 24 e seg.; Duranton, t. IV, n. 311).

Del resto non è assolutamente necessario che chi dimostri la proprietà del tesoro abbia potuto indicare il luogo in cui siasi trovato , anche quando non se lo ricordasse più, o non l' avesse giammai saputo (se l'avesse nascosto il suo autore); basta che la sua proprietà venga giustificata (d' Expilly , 37ª aringa; Thomas-Latour, *loc. supra cit.*, p. 54).

40. — È questa dunque una quistione di fatto, che il magistrato debbe supremamente risolvere , secondo le circostanze di ogni specie.

Non pertanto si professa una opinione a norma di cui basterebbe che la cosa nascosta fosse di recente formazione per doverlesi, per massima, negarle il carattero di tesoro, e per appartenere conseguentemente per intero al proprietario della cosa che la contenesse , o almeno per considerarsi non come *tesoro*, ma come *cosa perduta*, cui converrebbe applicare non l' art. 716, ma l' art. 717 (confr. decis. C. di Orleans , 6 sett. 1853 , Fouchard, Dev. 1856, II, 54).

A cagion di esempio Primo rinviene nel predio o nell'armadio di Secondo una quantità di monete moderne e di tipo recente.

Ebbene! in conformità di questa dottrina, quelle monete non constituirebbero un tesoro; e vi sarebbe *de plano* una presunzione di proprietà a pro di Secondo : « Atteso che in diritto , dichiara la Corte di Bordò , il tesoro di cui parla l'art. 716 , consiste in una cosa la cui proprietà non può venire giustificata ; *dappoichè non può rimanere alcuna traccia nella memoria degli uomini, sia della persona che abbia nascosto la cosa scoperta , sia della occasione che abbia renduto necessario il deposito...* » (Confr. decis. C. di Bordò 22

febbraio 1827, Mimand, D. 1827, II, 104; Pothier, *della Proprietà*, n. 66; Toullier, t. IV, n. 36, Massé e Vergé sopra Zachariæ, t. II, p. 102).

Tal dottrina è, sotto alcuni riguardi, esatta; ma ci paro essersi generalmente formolata in termini troppo assoluti.

È ben vero che il diritto romano aveva formato dell'antichità della cosa e delle circostanze onde si fosse nascosta una condizione legale del tesoro: *vetus quædam depositio pecuniæ, cujus memoria non extat...; tempore vetustiore* (L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*; L. *unic.*, Cod. *de Thesaur.*). Ed è vero altresì che, ancora oggidì, il vocabolo tesoro desta sempre, più o meno, tale idea di un'epoca rimota e di un'antica ed oscura origine.

Ma tuttafiata osserveremo che in diritto l'art. 716 non ha richiesto la condiziono medesima, e conseguentemente ogni cosa nascosta sulla quale nessuno può giustificare la proprietà sua constituisce attualmente un tesoro, ancorchè di recente origine, e, a cagion di esempio, ancorchè si trattasse di monete di attual tipo. Fuori dubbio dobbiamo essere solleciti a soggiugnere che in fatto tal circostanza dovrà prendersi in somma considerazione, intorno alla quistion di giustificazione di proprietà; e, in simigliante caso, per lo più, avverrà che la cosa rinvenuta sarà dichiarata appartenere al proprietario della cosa in cui trovavasi nascosta; come, a cagion di esempio, se si trovassero monete recenti nel tiratoio segreto di un mobile venduto dopo la morte del proprietario, e se venisse dimostrato che il proprietario medesimo abbia comperato questo mobile affatto nuovo. Tal presunzione sarebbe viemaggiormente grave, se recenti calamità, una invasione straniera o civili turbolenze potessero spiegar del pari quest'occulto deposito. Ma alla pur fine sarebbe questa una semplice presunzione di fatto, che le diverse circostanze della specie potrebbero, secondo i casi, indebolire o avvalorare: non sarebbe una presunzione di diritto, onde il magistrato troverebbesi di necessità vincolato (confr. Proudhon, *del Dem. privato*, tom. 1, n. 398; Duranton, t. IV, n. 311).

41. — 3° Finalmente è nopo, come terza condizione per essèrvi tesoro, a norma dell'art. 716, che la cosa venga scoperta per mero effetto del caso.

Questa disposizione ha per iscopo d'impedire ai ricercatori di tesori il violare il diritto di proprietà; e noi ben tosto osserveremo che colui il quale, con l'intendimento di rinvenire un tesoro, si fosse permesso scavi o ricerche nella cosa altrui, non avrebbe alcun diritto a ciò che avesse potuto rinvenire (*infra*, n. 51).

Questo medesimo motivo dimostra altronde che non è questa una condizione assoluta del carattere legale constitutivo del tesoro, ma semplicemente una condizione relativa all'inventore: la cosa che lo stesso proprietario trovasse nel suo predio, dopo scavi praticati appositamente per discoprirla, al certo sarebbe sempre un tesoro, laddove fosse una cosa nascosta o sepolta, su cui nessuno potesse giustificare la sua proprietà.

Quindi le leggi romane non avevano annodato tal circostanza alla stessa definizione del tesoro; ed esse ne facevano menzione (*non data ad hoc opera, ... non studio perscrutandi*) unicamente per determinare il diritto dell'inventore estraneo (confr. L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*; Inst., § 39, *de rer. div.*; L. unic., C. *de Thesaur.*; *ved.* eziandio Pothier, *della Proprietà*, n. 65).

Indubitatamente perchè l'art. 716, nella sua prima parte, aveva regolato il diritto dell'inventore, avrà, sotto la influenza di tale idea, aggiunto, nella sua seconda parte, alla definizione del tesoro, questa condizione unicamente relativa di fatti all'inventore. Nulladimeno osserveremo esser questa confusione spiacevole, e potere far sorgere difficoltà su tal punto (*infra*, n. 52).

42. — II. Precisamente in ciò consiste il tesoro.

Ed ora a chi appartiene il tesoro?

Se lo stesso proprietario lo rinvenga nel proprio predio, gli appartiene interamente (art. 716, 1° comma); e ben si comprende potere il proprietario liberamente scavare nel proprio predio a bella posta per ricercarvi tesori; *liberam tribuimus facultatem*, diceva l'imperator Leone, il quale nulladimeno gli vietava ad operar la magia:... *sceleratis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus odiosa* (L. unic., C. *de Thesaur.*). I nostri antichi autori ci ammaestravano altresì che un tempo in Francia *il tesoro rinvenuto per arte magica apparteneva interamente al re o al signore alto giustiziere* (Ferrière, *Diz. di diritto e di pratica*, v. *Tesoro*, n. 1: Rousseau de La Combe, *Giurispr. civ.*, pag. 243). Ma oggidì lasciamo ancora, su tal punto, piena libertà all'*arte magica!* e, in qualsivoglia gui-

sa il proprietario il discopra, appartiene a lui tutto il tesoro.

Ma a qual titolo? Forse come inventore? Forse come proprietario? Poco monta.si dirà, dappoichè alla per fine gli appartiene per intero. Non pertanto la quistione non offre meno importanza: avvegnachè. secondo che acquisterà il tesoro. in tutto o in parte, sia *jure inventionis*, sia *jure soli*, il determinamento dei suoi rapporti con la comunione coniugale sotto cui avesse contratto matrimonio, potrebbe essere diverso all'obbietto. Precisamente ciò or ora ci faremo a spiegare (*infra*, n. 44 e 45).

43. — Se il tesoro venga trovato nel predio altrui, appartiene per metà a chi l'abbia scoperto, e. per l'altra metà, al proprietario del predio medesimo (art. 716, 2° comma).

E conseguentemente, se il predio appartenga ad un comune o allo Stato, spetta a quello o a questo la metà attribuita al proprietario (*ved.* Inst., *de rer. div.*, § 39; decis. C. di Angers 25 maggio 1849, Lecompte, Dev., 1849, II, 375). Avverrebbe lo stesso circa il tesoro rivenuto in una chiesa parrocchiale o in un cimitero: taluni un tempo pretendevano che il tesoro, in tal caso, appartenesse interamente alla chiesa (Lebret, *Quist. notabili*, lib. V; Bérand. *de'Feudi*, art. 212). Ma avvisiamo, con Thomas Latour (*loc. supra*), che essi in ciò attenevansi al loro fervore religioso anzichè al diritto ed alla equità (*ved.* altresì *Rivista di legisl.*, 1853, tom. I, p. 296 e seg.).

L'attribuzione che qui la legge fa della metà del tesoro all'inventore è sommamente agevole giustificare. Di fatti il tesoro non è un frutto del predio (*ved.* art. 598 — 523); neppure è un prodotto straordinario o una parte integrante di esso: è stato sempre ciò che è, val a dire una cosa che conservava la sua individualità mobiliare nel predio in cui era semplicemente nascosta. E siccome tal cosa reputasi non aver padrone, *ut jam dominium non habeat*, è semplicissimo che venga acquistata. per diritto di occupazione, da chi la trovi: *Fit enim ejus qui invenit, quod non alterius sit*, diceva Paolo (L. 31, § 1, ff. *de acq. rer. dom.*).

Ma con questo ragionamento, potrassi dire, non la sola metà, ma la totalità converrebbe attribuire all'inventore! In vero perchè mai l'inventore del tesoro non ne diverrebbe proprietario, come il cacciatore diviene proprietario della cacciagione da lui uccisa anche sul predio altrui?

Al certo questa osservazione non è sfornita di gravezza; ed in vero elevatissimi intelletti han divisato che la legge avrebbe dovuto così statuire (confr. Duvergier sopra Toullier, t. III, n. 34, nota *a*).

Non pertanto ravvisiamo che in tutt'i tempi le leggi attribuirono una determinata porzione del tesoro al proprietario.

Per diritto romano questa porzione, stabilita primamente alla metà da Adriano, ridotta di poi al quarto da Graziano, Teodosio e Valentiniano (L. 2, C. Theod. *de Thesaur.*), venne novellamente determinata alla metà da Leone, di cui Giustiniano adottò la costituzione su tal punto (confr. L. unic., Cod. *de Thesaur;* Inst., § 39, *de rer. div.*).

Tal modo di decidere un tempo veniva seguitato in Francia nei paesi di diritto scritto.

Relativamente ai paesi consuetudinari, il tesoro vi andava ripartito in tre porzioni, delle quali una apparteneva al Signore alto giustiziere, nel cui territorio era stato rinvenuto, o al re, se venisse trovato in luogo sottoposto alla regia giurisdizione; e le due altre porzioni andavano attribuite all'inventore ed al proprietario del predio (Pothier, *della Proprietà*, num. 64; confr. A. Thomas Latour, *dell' Invenz. de' tesori*, Rivista di Wolowski, 1852, t. II, p. 49-51; e 1853, t. I, p. 277-290).

I compilatori del Codice Napoleone han sancito tali tradizioni; e, in conformità dello stabilimento di Adriano, han diviso per metà il tesoro fra l'inventore ed il proprietario.

Puossi poggiare sopra duplice motivo quest'attribuzione della metà del tesoro al proprietario:

Primieramente può avvenire che la cosa medesima siasi nascosta nel predio dagli antichi proprietari, dogli autori del proprietario attuale, *quod a majoribus suis profectus sit*: dappoichè d'ordinario nulla viene nascosto nel predio altrui (Vinnio, Inst., § 39, *de rer. div.*); e comunque egli non ne arrechi alcuna pruova, è questo almeno una possibilità, che si è voluto porre a calcolo.

In secondo luogo, al postutto, il predio stesso ha racchiuso e conservato il tesoro medesimo; e siccome sarebbe stato duro pel proprietario vederlo attribuire interamente ad un estraneo, si è considerato esservi altresì una specie di vantaggio del predio stesso, *fundi beneficium*; e si è sostenuto che il pro-

prietario acquisterebbe, sotto alcuni riguardi, questa porzione, *jure accessionis*.

Ecco le ragioni precise su cui ha potuto poggiarsi la distrazione di questa metà a pro del proprietario.

44. — Appunto in tal valutazione delle cagioni, su cui è poggiata l'attribuzione della metà del tesoro al proprietario, rinviensi lo scioglimento di una quistione da lungo tempo agitata, cioè qual sia il diritto della comunione coniugale, quando il tesoro venga trovato sul predio particolare di uno dei coniugi, sia da un terzo, sia dallo stesso coniuge.

A. E primieramente, quando il tesoro venga trovato da un terzo, la metà spettata al coniuge come proprietario del predio, ricade forse senza compenso nella comunione, o rimane di sua particolar proprietà?

È opinione assai bene accolta dover essa rimanere di particolare proprietà del coniugo.

Si ragiona così:

1° Il tesoro non è un frutto, nè naturale, nè industriale, nè civile; e la pruova si è non avervi diritto l'usufruttuario (art. 598—523; l. 7, § 12, ff. *solut. matrim.*). Dunque la comunione non può reclamarlo come frutto, a norma dell'art. 1401, n. 2.

2° Essa può forse reclamarlo como cosa mobile spettata ad un de' coniugi, a norma dello stesso art. 1401, n. 1? Neppure; dappoichè è principio incontrovertibile, nella materia in esame, che la comunione non acquista i mobili provegnenti dagl'immobili particolari de'coniugi senza esserne un frutto: or dall'art. 716 risulta che la metà del tesoro viene attribuita al proprietario *jure soli*, a titolo di accessione del suo diritto immobiliare: dunque questa metà debbe rimanere di articolare sua proprietà al pari dello stesso immobile, cui va annessa.

3° Di fatti tal' era la dottrina di Pothier (*della Comunione*, n. 98); ed appunto altresì in tal senso Chopin giungeva sino a sostenere che: « il danaro nascosto da tempo immemorabile in un luogo reputasi immobiliare. » (Sulla cons. di Parigi, lib. 1, t. 1, num. 30; confr. Delvincourt, t. III, p. 10, nota 1; Duranton, t. IV, n. 313, e t. XIV, n. 133; Demante, *Temi*, t. VIII, p. 181; Glandaz, *enciclop. del dir.*, v° *Com. coniug.*, n. 47; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 413; Marcadé sull'art. 716, n. 1).

Non pertanto cotesta soluzione non ci pare ammessibile:

1° Primieramente faremo osservare che la surriferita dottrina fu ben lungi dal prevalere vigente l'antico diritto; ed all'autorità di Pothier al certo sempre cotanto rilevante possiamo contrapporre più testificazioni parimente commendevolissime. Laonde Duplessis ed i suoi annotatori, Berroyer e de Laurière scrivevano che: « essendovi comunione fra i coniugi, ed andandovi di pieno diritto compresi tutt' i mobili, per qualunque titolo possano provenire alla moglie durante il matrimonio, sembra che il tesoro, il quale è un mobile, debba andar compreso in comunione: denominasi un tesoro rinvenuto *donum Dei*; e siccome ogni cosa mobile donata alla moglie va compresa in comunione, così ne conseguita dovervi andar similmente compreso il tesoro. » (*Trattato della Comunione*, cap. II, 3°). Tal' era pure la dottrina di d'Argentré (sulla cons. di Bretagna, articolo 53, nota 2, n. 8), e di Lebrun (nel suo *Trattato della Comunione*, lib. 1, cap. V, sez. II, dist. 2, num. 22).

2° In vero cotesta dottrina ci pare la sola effettivamente unisona ai principî. È incontrovertibile non poter la comunione reclamare come frutto la metà del tesoro rinvenuto nel predio particolare di un de'coniugi; avvegnachè il tesoro non è un frutto. Ma al certo il tesoro è un mobile: or tutt' i mobili provenuti ai coniugi nel corso del matrimonio cadono in comunione (art. 1401, n. 1). Obbiettasi che questa regola non applicasi ai mobili provegnenti da immobile particolare del coniuge, senza esserne frutto, val a dire che pretendesi assimigliare il tesoro alle miniere, alle cave, ai tagli di boschi, ec.; ma è manifesto non esser possibile cotesta assimilazione. Perchè mai le sostanze astratte dalle miniere, dalle cave, perchè mai il legname de' boschi o i materiali di un edifizio demolito sopra un immobile particolare di uno de' coniugi non cadono in comunione? perchè, non cadendovi l'immobile medesimo, le porzioni integranti e constitutive, staccate da tale immobile, non vi debbono più ricadere; perchè da ultimo la comunione non debbesi arricchire mercè degl' immobili particolari de' coniugi: or, a differenza delle sostanze minerali, o delle pietre, ec., constituenti le viscere stesse del suolo, il tesoro non è del tutto parte integrante staccata dall' immobile particolare del coniuge; esso non è, e non è stato sempre se non un mobile, indubitatamente nascosto dall'immobile, ma menomamente identificatovi; è

desso *donum fortunæ, Dei beneficium*, come avvertiva lo Imperator Leone (L. unic., Cod. *de Thesauris*); e l'immobile particolare del coniuge, in cui venne trovato, non ne rimane menomamente deteriorato; vale dopo quanto valeva prima; dunque l'obbiezione onde si pretendesse togliere alla comunione cotesto mobile non offre alcuna importanza.

3° Da ultimo gli articoli del Codice Napoleone han forse trasgredito siffatti principi? Precisamente l'opposto! È sommamente da riflettere che l'art. 1403, il quale si riferisce all'art. 598 — 523, statuendo che la comunione non acquista i tagli di boschi ed i prodotti delle cave e delle miniere aperte nel corso del matrimonio, nulla di simigliante dispone circa il tesoro, di cui nondimeno l'articolo 598 aveva parimente parlato: dal che conseguita il nostro legislatore non avere effettivamente confuso il tesoro coi prodotti delle miniere e delle cave di pietre.

E relativamente all'art. 716, da cui i propugnatori dell'avversa dottrina hanno molto argomentato, ci pare indubitato la dottrina medesima farlo dipartire dal vero ed unico suo scopo. Qual'è mai il fermo proposito dell'art. 716? unicamente quello di determinare i rispettivi diritti dell'inventore e del proprietario; fare, tra ambedue, la ripartizione per metà del tesoro. Posto ciò, seguita la ripartizione medesima, che mai addiverrà per ciascuno di essi la metà attribuitagli? che mai addiverrà, io dico, avuto riguardo alle altre relazioni, in cui ciascun di essi, sia l'inventore, sia il proprietario, potesse trovarsi impegnato? L'art. 716 non se ne occupa menomamente; ed effettivamente non doveva occuparsene: precisamente in conformità dei principi generali del diritto, regolatori di coteste altre relazioni, tal nuova ed affatto diversa quistione dovevasi risolvere. Or, abbiam già dimostrato che, a norma de'principi regolatori della comunione coniugale, la metà del tesoro, spettante al coniuge qual proprietario, debba andar compresa nell'attivo della comunione (confr. Merlin, *Rep.*, v° *Communione di beni*, § 2, n. 4, 1°; Bugnet sopra Pothier, t. VII, p. 93, nota 2; Pont e Rodière, *del Contratto di matrimonio*, t. I, n. 367; Odier, t. I, n. 86; Mourlon, tom. II, p. 17; Troplong, *del Contratto di matrimonio*, t. I, n. 417).

45. — B. Suppongasi ora che il tesoro venga rinvenuto sopra un predio particolare di uno de' coniugi dal coniuge medesimo, o da un terzo il quale, avendolo a bella posta ricercato, troverebbesi quindi privo di ogni diritto al risultamento delle sue ricerche (articolo 716).

Tre opinioni son venute in campo:

I. In conformità della prima la totalità del tesoro dovrebbe, in questi due casi, rimanere di particolar proprietà del coniuge: in sostegno della opinione medesima invocasi l'articolo 552—477, il quale dichiara che la proprietà del suolo trae seco la proprietà della parte superiore e della inferiore; e pretende *in conseguenza di tal principio* l'art. 716 (1° comma) dichiarare che *la proprietà di un tesoro appartiene a colui che lo trovi nel proprio fondo* (confr. Toullier, t. XII, n. 129 e seg.; Marcadé, art. 716, n. 2; Battur, t. I, n. 161; Bellot des Minières, t. I, pag. 154; Taulier, t. V, p. 53).

II. Ma è manifesto che, se l'art. 552 fosse qui applicabile, dovrebbesi attribuire al proprietario non la sola metà del tesoro nel caso medesimo in cui il tesoro venga rinvenuto nel suo predio da un terzo *fortuito casu;* sì bene, in tutt'i casi, dovrebbe appartenere la totalità al proprietario del predio. Dunque su di che poggia la prima parte dell'art. 716? sopra una ragione affatto semplice, cioè: che il proprietario, riunendo nella sua persona le due cause di acquisto del tesoro, e quella d'inventore e quella di proprietario, debbe conseguentemente acquistarlo tutto esclusivamente. Ma forse l'acquista in tal caso come proprietario anzichè come inventore? niente affatto! ed il vero si è che non ovvi alcun motivo di far prevalere una di tali qualità sull'altra; avvegnachè a coloro i quali volessero far prevalere la qualità di proprietario, per qual motivo non potrebbesi rispondere dover prevalere al contrario la qualità d'inventore? E da ciò è sorta la seconda opinione, a norma di cui di fatti queste due qualità concorrono nella persona del proprietario stesso che rinvenne il tesoro; e cotesta opinione ne deduce affatto naturalmente la conseguenza che esse debbonsi denunziarne nelle relazioni del coniuge con la comunione coniugale, per guisa da lasciare di particolar proprietà del coniuge la metà che gli compete come proprietario, e da attribuire alla comunione la metà che lo appartiene come inventore (confr. Delvinconrt, Duranton Demante, Zachariae, *supra*, n. 44).

III. In quanto a noi, avvisiamo altresì che, nel caso in cui il proprietario stesso rinvenga

il tesoro nel proprio predio, le due qualità concorrano nella sua persona; ma, sotto il nostro punto di veduta, ciò poco monta per la soluzione della proposta quistione; avvegnachè, attribuendo noi alla comunione la metà spettante, *jure soli*, al coniugo nel tesoro rinvenuto sul proprio predio da un terzo, è manifesto che attribuiremo similmente, in tutt' i casi, alla comunione, la totalità del tesoro da lui medesimo rinvenuto nel proprio predio; in tutt' i casi, cioè, in conformità dell'opinione medesima, la quale pretende acquistarlo allora totalmente, *jure soli*, nella semplice qualità di proprietario (confr. Merlin, Bugnet, Pont e Rodière, ed altre citazioni *supra*, n. 44).

46. — Altronde faremo riflettere che il tesoro principia ad appartenere, sia per metà, sia per lo intero, al proprietario del predio, unicamente dal giorno in cui siasi scoperto.

A cagion di esempio, suppongasi che, sciolta la comunione esistente fra lui e la moglie, venga scoperto un tesoro in un predio di particolar proprietà di Primo.

La moglie o i suoi eredi potrebbero forse pretendere dover dividere con Primo ciò che gli spetta del tesoro medesimo, pel motivo che esisteva durante la comunione; essere di fatti distinto dal predio in cui trovavasi nascosto; appartenere in tale stato a Primo, comunque senza sua saputa; o conseguentemente andar compreso nella comunione, a norma dell' art. 1404?

No! dappoichè cotesto valore innegabile e perduto andava risguardato come inesistente; e dall'art. 716 risulta acquistarsi dal proprietario, quale inventore, *ut ex tunc*, dal giorno soltanto dello scoprimento.

E precisamente la medesima idea appalesavasi con sommo fondamento dal giureconsulto Paolo nel seguente modo: « Is enim qui « nescit thesaurum in fundo esse, non pos« sidet thesaurum, quamvis fundum possi« deat... » (L. 3, § 3, ff. *de adquir. possess.*; confr. Proudhon, *del Demanio privato*, t. I, n. 394).

Per effetto dello stesso principio il tesoro, rinvenuto dal compratore nel predio venduto, gli appartiene senza aumento di prezzo e senza azion di rescissione per causa di lesione a pro del venditore; qualunque sia il valore della cosa rinvenuta, ed ancorchè si fosse scoperta quasi immediatamente dopo la vendita. Tal proposizione sarebbe vera circa lo scoprimento di una miniera, la quale forma nondimeno parte integrante e la sostanza medesima del predio (*ved.* il nostro tomo V, n. 645), con maggior ragione debbe avvenir così relativamente al tesoro, il quale è una cosa mobile!

46 *bis*. — Precisamente per ciò, precisamente perchè il tesoro è una cosa mobile, la quale non fu giammai una porzione del predio, non troverebbesi colpito dalla ipoteca gravitante sul predio medesimo, ed i creditori ipotecari non potrebbero, a creder nostro, dimandare che il prezzo ne venisse loro attribuito in preferenza de'creditori chirografari (confr. Proudhon, *del Demanio privato*, t. I, n. 404).

46 *ter*. — Ma il tesoro, rinvenuto dal compratore con patto di ricompra, dovrebbe forse continuare ad appartenergli dopo sperimentato il patto medesimo?

Ovvero, per l' opposto, il compratore dovrebbe restituirlo al venditore?

Ciò può sembrare di più malagevole soluzione.

Pothier, vigente il nostro antico diritto, lasciava al compratore la porzione del tesoro da lui acquistata *jure soli*; e ciò nulla offeriva di sorprendente, secondo la sua dottrina; dappoichè abbiamo ravvisato che egli lasciava al compratore, dopo esercitata la ricompra, eziandio la terra trasportata per effetto di alluvione! (*ved.* il nostro tomo V, n. 96). Era per questa, sotto l' impero dell'antico diritto, la dottrina di d'Argentré (sull' art. 51 della cons. di Bretagna) e di Ferrière (nel suo *Diz.* v° *Tesoro*). E la medesima soluzione è stata ancora, vigente il novello diritto, insegnata da Proudhon rispetto al tesoro (*del Demanio privato*, t. I, num. 404; agg. A. Thomas Latour, *dell' Invenzione de' tesori*, Rivista di legislaz. di Wolowski, 1853, t. I, p. 292).

Non pertanto non sarebbe meglio fondato il sostenere che, essendo risoluta la vendita, il compratore debba restituire la cosa e tutto ciò che abbia ritratto, eccetto i soli frutti, in occasion della cosa, in forza di un diritto di proprietà, il quale reputasi ora, *in præteritum*, non essere esistito: or precisamente in forza di questo diritto di proprietà, *jure soli*, aveva acquistato il tesoro. Del resto torneremo a discutere questo punto (confr. Duranton, t. XVI, n. 425; Duvergier, *della Vendita*, n. 55; Troplong, n. 767 ed 846; Marcadé sull' art. 1673, n. 2).

47. — Nel senso dell'art. 716 chi è mai il proprietario?

Chi è mai l'inventore?

Son questi i due punti intorno a cui ci rimane a ragionare.

A. L'art. 716 concede la metà del tesoro o il tesoro intero, secondo i casi, *al proprietario del fondo*: or il vocabolo *proprietario* dinota colui il quale ha il *plenum dominium*, come vien definito dall'art. 544 — 469; e risulta manifestamente dall'art. 598 — 523, il quale dichiara che l'usufruttuario non ha alcun diritto al tesoro, *jure soli*, esser questa di fatti, nell'art. 716, la significazione del vocabolo *proprietario*.

Dalle quali cose è uopo inferire nessun diritto al tesoro trovarsi attribuito, *jure soli*, a titolo di proprietà:

All'usufruttuario, eziandio universale (*ved.* il nostro tomo V, n. 258 *bis* e 274 *bis*);

All' usuario (confr. Proudhon, *de'Diritti di uso*, t. I, n. 147);

A chi abbia sul predio un semplice diritto di superficie o di enfiteusi (confr. Proudhon, t. I, n. 380; Duranton, t. IV, n. 314);

Al possessore di buona fede, il quale, evinto una volta, dovrebbe, a parer nostro, restituire al proprietario ciò che avesse ricevuto, *interim*, del tesoro, *jure soli* (confr. tom. V. n. 622).

48. — Neppur crederemmo potersi considerare come *proprietario del fondo* chi avesse comprato, per demolirlo ed appropriarsene i materiali, un muro o un edifizio, in cui si trovasse nascosto un tesoro; dappoichè il vero si è che egli non acquista la proprietà di alcuna parte del predio, e che l'oggetto del suo diritto, cioè i materiali provegnenti dalla demolizione, è meramente mobile: or il tesoro non potrebbesi al certo risguardare qual parte de'materiali, soli venduti (confr. il nostro tomo V, n. 160; decis. C. di Parigi 26 dicembre 1825, Rousseau, D. 1826, II, 235).

Questo medesimo motivo dimostra che diversamente avverrebbe nel caso in cui l'edifizio si fosse alienato separatamente dal suolo per formare in avvenire una proprietà immobiliare separata e distinta, ovvero nel caso in cui i diversi piani di una casa appartenessero a più proprietari (art. 553 e 664 — 478 e 585): allora ciascuno essendo proprietario del suo immobile, questo del suolo, quello dell' edifizio o del suo piano, il tesoro apparterrebbe a colui nel fondo del quale, suolo, edifizio o piano, si fosse scoperto (confr. Demante, t. II, n. 12 *bis*, III; Massé e Vergé sopra Zachariæ, t. II, p. 102(.

49. — Dallo appartenere la metà del tesoro rinvenuto da un terzo in un predio al proprietario del predio medesimo discende la conseguenza che l'inventore, il quale gliel'avesse frodolentemente sottratta, potrebbe venir dichiarato colpevole di furto (art. 379 C. pen.; confr. decis. C. di Rouen, 12 febbraio 1825, Chevalier, D. 1827-2-56; arresto C. cass. 18 maggio 1827, Vadrot, D., 1827, I, 244; Hervé, *Delle materie feudali e censuali*, t. IV).

Ma non potrebbesi per questo permettere privarlo della metà a lui appartenente, pretendendo che, dappoichè la legge priva di ogni diritto al tesoro chi avesse commessa l'unica colpa di ricercarlo appositamente nel predio altrui, senza avere altronde tentato di nascondere il suo scoprimento al proprietario, *a fortiori* debbesene privare colui che abbia voluto ammettere un vero furto del tesoro. È ben vero che l' imperator Leone, nella sua Novella 51, privava di ogni diritto al tesoro l'inventore che avesse occultato il suo scoprimento; e tale sembra essere stata altresì la giurisprudenza degli antichi parlamenti de' paesi di diritto scritto (Decis. C. di Tolosa 9 luglio 1697; Serres, *Inst. di Diritto francese*, lib. II, tit. 1, § 39; Boutarie, *de'Diritti signorili*, p. 18). Ma nessun testo del nostro odierno diritto stabilisce tal decadenza: confessiamo avere il legislatore fulminato, in alcuni casi, pena di cotal genere (*ved.* articoli 792, 801, 1177 — 709, 718); ma queste rigorose disposizioni non debbonsi estendere; e sarebbe altresì necessaria una testual disposizione nella ipotesi in esame per dichiarare decaduto dalla sua metà nel tesoro l'inventore che abbia voluto appropriarsene la totalità (confr. decis. C. di Rouen, 3 gennaio 1853, Beaurain-Decorde, Dev. 1853, II, 335; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p 102).

50. — B. L'inventore è colui che ha scoperto il tesoro.

Non vassi incontro a veruna difficoltà, se lo scoprimento siasi fatto nel predio altrui da persona che vi eseguisse lavori qualsivogliano in nome suo e per suo conto particolare, come l'usufruttuario, l'enfiteuta, il conduttore, il possessore di buona fede o di mala fede (*infra*, n. 52).

Ma possono sorgere dubbi nel caso in cui chi abbia scoperto il tesoro lavorasse nel predio per ordine del proprietario, come, a ca-

gion di esempio, il fabbro, il falegname. l'operaio o il domestico, adoperati e salariati da costui.

Allora non potrebbesi forse pretendere il proprietario medesimo essere l'inventore, dappoichè l'artefice lavorava per lui, era suo mandatario, e conseguentemente il proprietario, nella sua qualità di mandante, dover cavare vantaggio da tutt' i risultamenti del lavoro del mandatario? (Argomento dall'articolo 1993 — 2107).

Nondimeno ciò sarebbe troppo assoluto; ed è da fare la seguente distinzione :

O il proprietario ha adoperato l'artefice per ricercare il tesoro, di cui sospettava la esistenza nel suo predio ;

O l'ha adoperato ad altro lavoro non avente per iscopo siffatto scoprimento.

Di fatti nel primo caso è ben fondato il sostenere il proprietario medesimo essere l'inventore, dappoichè l'artefice, adoperato da lui precisamente *ad hoc*, agiva per suo conto, sotto la direzione sua e la sua sorveglianza, e la occupazione, la quale consiste nell' impossessamento, può benissimo accadere per altrui ministero.

Ma ben diversamente avviene nel secondo caso : l'artefice adoperato a lavorare, a scavare una fossa, o a riparare un armadio, era allora il mandatario del proprietario per l'operazione della quale costui lo aveva incaricato : dunque, avendo scoperto un tesoro, cosa *nullius*, non era suo rappresentante.

Ed ora, in quali casi si potrà sostenere che il proprietario del predio abbia adoperato gli artefici per ricercare il tesoro ? È questa una quistion di fatto.Facciamo riflettere semplicemente che in generale, da un lato, non basterebbe, all' uopo, aver vagamente richiamato l'attenzione degli artefici sulle cose preziose che potrebbero trovare (confr. decis. C. di Rouen 3 gennaio 1853, Beaurain, Dev., 1853, II, 335); e d'altro lato che neppur sarebbe necessario essersi fatti i lavori unicamente con tale scopo, se altronde facendoli nello scopo di riparazione o miglioramento, il proprietario si proponesse altresì specialmente ricercare un tesoro (confr. decis. C. di Orleans 10 febbraio 1842, Deschamps, Dev., 1842, II, 455).

Del rimanente il proprietario, il quale vorrà antivenire tutte le difficoltà, agirà con prudenza manifestando la sua intenzione a persone terze che potrebbero, ove l'uopo il richiedesse, servirgli di testimoni, ovvero, se voglia serbare per lui solo il segreto, depositare avanti notaio una carta suggellata racchiudente la sua dichiarazione su tal punto (agg. decis. C. di Brusselles 15 marzo 1840, Droissard, Sirey, 1840, II, 230; di Parigi 25 dicembre 1825, Rousseau, D., 1826, II, 235; Pothier, *della Proprietà*. n. 65; Delvincourt, t. II, p. 2, nota 7; Toullier, t. II, n. 34; Duranton, t. IV, n. 316; Demante, t. II, n. 12 *bis*, 11; Marcadé sull'art. 716, n. 1 ; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, p. 418).

51. — L'inventore ha diritto alla metà del tesoro sol quando l' abbia scoperto per mero effetto del caso : se dunque l'abbia ricercato, la legge non gliene concede alcuna parte; ed il tesoro appartiene interamente al proprietario del predio.

È ben vero che tal modo di decidere non rinviensi esplicitamente scritto nell'art. 716; ma implicitamente ne emerge: dappoichè, se la prima parte dell' articolo concede puramente e semplicemente la metà *del tesoro* a chi l'abbia rinvenuto nel predio altrui, la seconda parte definisce il *tesoro* qualunque cosa scoverta *per solo effetto del caso*. Dunque è manifesto che il nostro legislatore ha voluto, in conformità della regola formata dall'imperator Leone (L. unic., Cod. *de Thesaur.*), e che il nostro antico diritto francese aveva parimente seguitata, privare di ogni diritto al tesoro chi lo avesse scoperto nel predio altrui, *data ad hoc opera* (Pothier, *della Proprietà*, n. 65; Duranton, t. IV, n. 317).

Altronde era utile parlarne ; avvegnachè avrebbesi potuto, nel silenzio della legge, pretendere che chi siasi introdotto nel predio altrui, senza consenso del proprietario, per ricercare un tesoro, va indubitatamente soggetto al ristoro de'danni ed interessi a cagion del fatto medesimo, ma che dovesse sempre acquistare la metà del tesoro scoperto : del pari che chi siasi introdotto nel predio altrui, senza consenso del proprietario, per cacciarvi, diviene sempre proprietario della cacciagione da lui uccisa (*supra*, n. 23).

Ma il legislatore ha fermato qui questa regola speciale per meglio garentire la proprietà ed impedire che persone terze andassero indebitamente, nel predio altrui, a praticare ricerche e *scavi*, come insegna Pothier, sperando scoprirvi un tesoro.

52. — Cotesto motivo della regola in esame può far sorgere due quistioni :

1° Chi abbia indebitamente praticato lavori o scavi nel predio altrui, ma senza intendi-

mento di ricercarvi un tesoro, avrà forse diritto alla metà del tesoro rinvenuto?

2° Chi, avendo diritto di fare, in proprio nome, lavori o scavi nel predio altrui, ne avesse praticato precisamente ad obbietto di ricercare un tesoro, avrebbe forse diritto alla metà del tesoro da lui ricercato e scoperto?

1° A cagion di esempio, un possessore di mala fede del predio altrui ha rinvenuto per caso un tesoro nel lavorarvi.

Egli ha forse diritto alla metà di quello?

No, potrebbesi rispondere; dappoichè egli non debbe cavar profitto dalla sua mala fede; e come è tenuto a restituire tutt' i frutti da lui raccolti (art. 548 — 473), così del pari debbe restituire la totalità del tesoro da esso scoperto (confr. Toullier, t. II, n. 35).

Ma è mai vero che la colpa commessa dal possessore di mala fede, appropriandosi indebitamente il predio altrui, sia la specie particolare di colpa, che l'art. 716 ha per iscopo di reprimere ed antivenire? noi pensiamo. L'art. 716 ha voluto colpire coloro i quali facessero appositi lavori nel predio altrui per ricercarvi tesori: or, il possessore di mala fede, nella specie in esame, non mirava menomamente a scoprire un tesoro: dunque non trovasi colpito dal disposto con l'art. 716. — Ma non debbe, dicesi, trar profitto dalla sua mala fede! — Ciò è indubitato; ed è uopo astringerlo a restituire al proprietario tutt' i frutti ed i prodotti cavati dalla cosa da lui indebitamente posseduta. Ma il tesoro da lui trovato per caso non venne segregato dalla cosa medesima, di cui non era, sotto alcun rapporto, un prodotto nè una parte: era *res nullius*, come la cacciagione che il possessore di mala fede avesse ucciso durante il suo indebito possesso; e conseguentemente può ritenere, come inventore, la metà del tesoro a norma dell' art. 716, avendolo trovato per mero effetto del caso. Dunque è questo un vantaggio che egli ritrae non dal predio stesso, ma semplicemente per occasione del predio (*ved.* il nostro t. V, n. 587).

Avverrebbe lo stesso di ogni altro il quale si trovasse in caso simigliante, di chi, a cagion di esempio, facendo un nascondiglio nel predio altrui, vi rinvenisse ci medesimo un tesoro! (confr. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 102).

53. — 2° Supponiamo ora che il tesoro siasi ricercato appositamente, ma da persona la quale, praticando *ad hoc* lavori sul predio altrui, non commettesse alcuna colpa.

A cagion di esempio, un possessore di buona fede, sospettando la esistenza di un tesoro nel predio da lui creduto suo, vi pratica scavi appositamente per iscoprirlo e lo scopro.

Debbe forse averne la metà?

Per la negativa puossi vigorosamente opporre il testo medesimo dell'art. 716, il quale dichiara che la cosa nascosta o sepolta non è un tesoro, quando non venga scoperta per mero effetto del caso; or, se essa non è un tesoro, debbesi restituire dal possessore di buona fede, il quale acquista, mercè la percezione sua e la sua buona fede, semplicemente i frutti nel cui novero non potrebbesi comprendere il tesoro.

Confessiamo dovere il possessore di buona fede restituire al proprietario la porzione del tesoro attribuitogli *jure soli* (*supra*, n. 47); ma trattasi qui della sola porzione attribuita all'inventore *jure occupationis*: or il possessore di buona fede è l'inventore: non *jure soli*, sì bene *jure inventionis*, non come possessore di buona fede, ma unicamente come inventore, ei pretende la metà del tesoro: dunque la obbiezione non regge. S' insiste nel sostenere che egli non l' ha trovato per caso. Rispondiamo che nel ricercarlo non ha commesso veruna colpa, e, essendo irreprensibile, ad evidenza non contro di lui fu scritta la regola stabilita dall' art. 716. Dunque ha trovato una cosa *nullius*, epperò debbe conseguirne la parte dalla legge attribuita all' inventore.

E dovrem dire forse altrettanto circa l'usufruttuario; l'enfiteuta, il conduttore? Forse eglino non avevan pure diritto di praticare determinati lavori nel predio; rimuovervi, a cagion di esempio, un pavimento, sotto cui sospettassero essere un tesoro? E dallo avere eseguito questi lavori con l'intendimento di scoprirlo conseguita forse non aver avuto diritto di farli? Nulladimeno tale ipotesi ci parrebbe diversa; a norma dell' art. 593 — 523, l'usufruttuario (e similmente l' enfiteuta, e viemaggiormente il conduttore) non ha diritto al tesoro scoperto nel fondo durante l'usufrutto, l'enfiteusi o la locazione: or puossi sostenere che l' usufruttuario e gli altri, facendo appositamente lavori per iscoprire un tesoro, scientemente contravverrebbero a quell' articolo: dappoichè hanno un diritto definito e limitato, da cui la legge esclude precisamente l' acquisto del tesoro trovato nel predio.

54. — L'inventore è chi fu il primo a ren-

dere visibile il tesoro: tale sembra essere il senso del vocabolo *scoperto*, adoperato più volte nell'art. 716.

Di qui discendono i seguenti corollari:

Da un lato, non basta essere stato il primo a ravvisarlo, *oculis*, e neppure averselo appropriato, *corpore*; se altro individuo abbia renduto visibile il tesoro, ne è desso l'inventore, ancorchè non l'avesse dapprima scorto;

D'altro lato non è necessario che chi ha scoperto il tesoro se l'abbia fisicamente appropriato, *corpore:* ne è egli l'inventore, appena l'abbia renduto visibile, ancorchè l'abbia renduto visibile solo in parte (se trattisi però di un oggetto unico e di un sol tesoro), o ancorchè non ne abbia dapprima scorto esser quello un tesoro. È questa una eccezione notevole alla regola, a norma di cui la invenzione, la quale è un semplice modo di occupazione, effettuasi mercè dell'effettivo appropriamento (*supra*, n. 19). Demante ne adduce per motivo che « forse il legislatore qui avrebbe avuto meno in mira di sanzionare il diritto del primo occupante che di favorire il disvelamento da cui si restituisce alla circolazione una ricchezza sepolta e conseguentemente perduta sino allora per tutti » (t. II, n. 12 *bis*; confr. decis. C. di Brusselles, 15 marzo 1810, Droissard, Sirey, 1810, II, 230; Delvincourt, t. II, p. 2, nota 6; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 101, nota 8).

55. — Mercè di tali principî è uopo risolvere una quistione insorta, e la quale di fatti è di natura da sorgere spesso in caso di scoprimento di un tesoro.

Più artefici vengono adoperati ad un comune lavoro, a cagion di esempio ad innalzare o demolire una costruzione. Alcuni scavano o abbattono; altri raccolgono e riuniscono la terra o i materiali.

Un di quelli che scavano o demoliscono rende visibile il tesoro mercè di un colpo del suo istrumento.

Ne è forse egli solo l'inventore?

Si è preteso doversi allora quel tesoro ripartire fra tutti gli operai; dappoichè, si sostiene, trovavansi tutti destinati a quel comune lavoro: or ciascuno di quegli operai ha diritto a giovarsi di tutt'i risultamenti, diretti o indiretti, preveduti o impreveduti, di quello associamento di lavoro.

Si indubitatamente, ma solo per quanto i risultamenti medesimi rannodandosi al fatto cui mirava l'associamento, ed a' vantaggi che i soci si proposero conseguire. Or gli operai non eransi consociati per ricercare o scoprire tesori.

Dunque avvisiamo doversi rispondere che l'intero tesoro appartiene a quello soltanto il cui colpo fu il primo a renderlo visibile; che gli appartiene ad esclusione:

Sia degli operai i quali, trovandosi adoperati a riunire la terra, non hanno direttamente partecipato al lavoro che produsse lo scoprimento;

Sia degli operai adoperati a demolire, ed i quali demolivano a fianco dell'inventore, ancorchè nel medesimo luogo, qualora trovisi effettivamente un solo aver renduto visibile il tesoro per proprio fatto. — Esclamasi esser questo mero caso! — Ma lo scoprimento del tesoro è dunque altra cosa, *donum fortunæ?* (Confr. decis. C. di Angers, 25 mag. 1849, Lecompte, Dev. 1849, II, 375).

55 *bis*.—Un antico scrittore, Chassaneux, nel suo *Comentario* sulla consuetudine di Borgogna, nel titolo *delle giustizie e de' diritti delle medesime*, contempla la ipotesi, almeno singolare, dello scoprimento di un tesoro per opera di un cane appartenente a persona diversa dal padrone del predio.

«*Quod si thesaurus inveniatur per canem ad id doctum, cedit domino canis; quod raro contingit; ideo non est multo insistendum.* »

In vero ci asterremo da ogni insistenza all'obbietto?

Nulladimeno facciam riflettere tal modo di decidere non essere ben fondato; avvegnachè il tesoro rinvenuto da quel cane *addestrato, ad id doctum*, non sarebbesi scoperto per mero effetto del caso.

N. II. Della invenzione applicata alle cose prive di padrone, sia che non ne abbiano avuto giammai, sia che siensi abbandonate, *pro derelicto* da colui al quale appartenevano.

SOMMARIO.

56. — A. Acquistansi mercè l'invenzione le cose inanimate non mai appartenente ad alcuno. — Tali sono le conchiglie, le pietre preziose rinvenute sui lidi del mare.

57. — Continuazione. — Tali sono altresì le cose nate nel seno del mare. — Nondimeno è indispensabile una distinzione.

58. — Continuazione. — Delle piante ed erbe note, secondo le diverse contrade, sotto la denominazione di *varech* *sar* o *goueomon*.

59. — B. Acquistansi eziandio per invenzione le cose appartenente a qualcuno, ma abbandonate *pro derelicto*, da chi erane il proprietario.

60. — Continuazione.

56. — La invenzione applicasi pure, sia alle case che non ebbero mai padrone, sia a quelle abbandonate *pro derelicto* da colui al quale appartenevano.

A.— Come si diviene proprietario, mercè la caccia o la pesca, delle cose animate, le quali sono *nullius*, così del pari si diviene proprietario, mercè la invenzione, delle cose inanimate rimaste similmente nella comunione negative del genere umano.

Tali sono le conchiglie, le pietre preziose rinvenute su' lidi del mare o nel suo seno (Inst. *de rer. div.*, § 18; Pothier, *della proprietà*, n. 58).

57. — Tali sono parimente le cose nate nel seno del mare, e le piante e le erbe crescenti su le sue spiagge.

Non pertanto l'art. 717 — 637 dichiara che i diritti su tali specie di oggetti vengono regolati da leggi particolari; e tuttodì la ordinanza del 1681 su la marina regola questo particolar modo di occupazione o invenzione.

Relativamente alle cose nate in seno del mare, come l'ambra, il corallo, i pesci ed altre simiglianti non appartenute ad alcuno, l'art 29 (tit. IX del lib. IV) della ordinanza medesima fa la seguente distinzione.

Esse vengano acquistate interamente da coloro che le abbiano estratte dal seno del mare, o pescate su le onde;

Ma se siensi rinvenute su le spiagge, allo inventore spetta soltanto il terzo; e gli altri due terzi, i quali, a norma della ordinanza, dovovansi ripartire fra il re, e l'ammiraglio, ad evidenza appartengono oggidì allo Stato, surrogato ne' diritti del sovrano e dell' ammiraglio, in forza degli art. 539, 713 — 464).

58. — Una distinzione dello stesso genere debbe farsi eziandio riguardo alle piante ed alle erbe note, secondo le diverse contrade, sotto le denominazioni di *varech o vraicq*, *sar* o *gouesmon*, e le quali trovansi particolarmente su le coste di Normandia e di Brettagna.

Trattasi forse del varech gettato dalle onde su le spiagge o di quello che cresce su le isole o gli scogli deserti in alto mare? Non evvi in questa parte, dicea Valin, preferenza per alcuno; la cosa appartiene al primo occupante (*Com.* dell'ord. del 1681, tit. X); ed il Varech, in tali condizioni, puossi prendere in ogni tempo ed in ogni luogo, vendere e trasportare dovunque (confr. art. del 1681, tit. X, art. 5; dichiarazione del 1731, tit. III, art. 3, § 4).

Per contrario trattasi forse del varech che cresce su gli scogli della costa? il diritto di reciderlo viene attribuito esclusivamente agli abitanti de' comuni, nel cui territorio crescono tali erbe, a motivo indubitatamente, dice pure Valin, dello incomodo e del danno loro arrecato dalla prossimità del mare (*loc. supra cit.*) È uopo osservare che gli abitanti non possono recidere i varech di notte, nè fuori i tempi determinati, nè altrove che nella estensione delle coste del loro comune, e che neppur possono venderli a mercanti forestieri o recarli sopra altri territori (confr. art. 3 del tit. X dell'ord. del 1681). Questo diritto degli abitanti de' comuni costeggiati dal mare è stato altronde regolato da due dichiarazioni de' 30 maggio 1731 e 30 ottobre 1772, il cui scopo si è il conciliare i diversi interessi a' quali queste specie di erbe possono essere utili: quello degli agricoltori a' quali somministrano un concime efficacissimo; quello de' commercianti ed industriali che li bruciano per estrarne la soda; e finalmente l' interesse generale della riproduzione de' pesci, che queste piante sembrano favorire, comunque siasi sempre, più o meno, messa in dubbio questa ultima utilità del varech *ved.* Valin, *Coment.* su l' art. 1 del tit. X dell'ord. del 1681, ed i preamboli delle due su citate dichiarazioni).

Questo diritto esclusivo degli abitanti dei comuni alla ricolta del varech su le loro coste, abolito da un provvedimento rivoluzionario del 2 ventoso anno II, venne loro restituito nel 18 termidoro anno X con ordinanza de' consoli, onde furono incaricati i prefetti di determinare, con regolamenti unisoni alle leggi. tutto ciò che sia relativo alla pesca del gouesmon e del varech (*ved.* Merlin, Rep., v°. *Varech*; confr. su questo subbietto arresti C. cass. 17 lug. 1839, Couin. Dev 1839, I,748; Cass. 8 nov, 1845 il ministero pubblico, Dev., 1845, 1, 814).

59. — B. Similmente mercè la invenzione acquistansi le cose appartenute a qualcuno, ma lasciate *pro derelicto* da che erane proprietario, . . . *ut id rerum suarum esse nolit* (Inst. *de rer. div.*, § 47).

Possonsi osservare gli esempi addotti da Pothier (*della Proprietà*. n. 60; e si ri.

marrà convinto che queste specie di cose, che per lo più rinvengonsi nelle strade e su le pubbliche piazze vengono ancora oggidì acquistate dal primo occupante, ad onta del tenore dell'art. 713. Quindi nelle grandi città evvi una industria speciale, la quale consiste precisamente nel raccorre le cose gettate, gli stracci e le carte segnatamente, come inutili a coloro che le abbandonano, e tuttavia suscettive di utilità per coloro che le raccolgono.

60. — Potrebbesi pure riferire a tal genere d' invenzione l'acquisto delle monete o degli altri oggetti talvolta gettati al pubblico nelle solennità uffiziali o nelle feste private delle famiglie, ed i quali appartengono a chi prima li raccolga; ma è meglio fondato il sostenere che tal modo di acquisto deriva più dalla tradizione che dalla occupazione propriamente detta; dappoichè chi getta così delle monete, *missilia*, non ha lo intendimento di lasciarle assolutamente *pro derelicto*; per contrario vuole trasferirne la proprietà alla persona, chiunque sia, che le raccoglierà, *ad incertam personam*; e se qui è da riguardare la occupazione, debbe esserlo fra tutti coloro i quali cercano appropriarsi gli oggetti medesimi, per determinare chi ne divenga proprietario, *primo occupanti* (Inst., *de rer. div.*, § 46; Vinnio, 4. 4.; Pothier *della Proprietà*, n. 234; Proudhon, del *Dem. privato*, t. I, n. 364; Duranton, t. IV, n. 272.).

N. III. Della invenzione applicata alle cose perdute il cui padrone sia ignoto, o più generalmente alle cose *smarrite*.

SOMMARIO

61. — È uopo non confondere le cose perdute con le cose non appartenenti ad alcuno. — Denominansi genericamente *smarrite* le cose perdute il cui padrone sia ignoto. — Delle cose *perdute e trovate a caso*.
62. — Possonsi distinguere quattro specie di cose smarrite.
63. — 1°. Delle cose gettate dal mare su le spiagge.
64. — Continuazione.
65. — Continuazione.
66. — 2°. Delle cose gettate su le sponde da' corsi di acqua navigabili o atti o trasporto.
67. — Continuazione.
68. — Continuazione.
69. — 3°. Delle cose smarrite sul suolo o ne' corsi di acqua non navigabili nè atti a trasporto. — Del diritto antico o del dritto intermedio intorno a questo subbietto.
70. — 1°. Del dritto nuovo. — È indubitato che la cosa perduta non appartiene a colui su'l predio del quale si trova
71. — Ma essa a chi appartiene? Vengono in campo tre opinioni. — Esposizione. — Discussione.
72. — Delle obbligazioni del proprietario che reclama la cosa da lui perduta o trovata da un altro.
73. — Chi trovi una cosa perduta non è forse tenuto a praticare diligenze affinchè venga avvertito il proprietario?
74. — Continuazione. — Potrebbesi forse riguardare qual ladro chi, avendo rinvenuto una cosa perduta, non abbiane fatta la dichiarazione o la consegnazione all' autorità competente?
75. — Continuazione.
76. — È uopo non assimigliare allo inventore di una cosa perduta colui al quale si fosse consegnata, per qualsivoglia circostanza, una cosa rubata.
77. — 2°. Di alcune cose smarrite in casi particolari ed assimigliate alle smarrite.

61. — È uopo non confondere le cose perdute con quelle non appartenenti ad alcuno o lasciate *pro derelicto* da colui al quale appartenevano: *alia sane causa est*, dicea Giustiniano (Inst., *de rer. div.*, § 48).

In vero le cose perdute non sono *nullius*;) e non possono venire effettivamente acquistate mercè della occupazione: le cose medesime, a cagion di esempio, che gettansi nel mare *navis levandæ causa*, non cessano di appartenere a coloro che ne erano i proprietari (confr. L. 2, § 8, ff. *de lege Rhodia;* Cod. di com. art. 410-429—402-421).

Laonde osserveremo trovarsi questo subbietto sottoposto a regole speciali.

Si dà la generica denominazione di *smarrite* alle cose perdute, il cui proprietario sia ignoto; smarrite, *expavefacta*; dappoichè, affermasi, questo vocabolo dapprima applicavasi, a' soli animali dispersi per ispavento, e sfuggiti alla vigilanza del padrone (ved. Domat, lib. I, tit. VI; Ferrières, *Diz. di diritto, v° Cose smarrite*). La espressione *cose perdute e poscia trovate* per caso veniva un tempo adoperata a dinotare le *cose smarrite da nessuno reclamate* (confr. Merlin, *Rep.*, t. V, v° *Cose perdute e poscia trovate a caso*, e t. IV v° *Cose smarrite*; Pothier *della Proprietà*, n. 82) (1).

(1) Le espressioni *cose smarrite* o cose *perdute e poscia trovate per caso* non hanno altronde una significazione ben definita: esse vengono talvolta impropriamente applicate a cose non mai appartenute ad alcuno: quindi annoveransi fra le cose smarrite le piante e le erbe dal mare gettate su le spiagge (*supra* n. 55-58, Valin sull'art. 5 del tit. X del lib. IV dell' ord. del 1681; art. 717 C. Nap.)

Un tempo denominavansi altresì *smarriti* gli stranieri, i forestieri di cui ignoravasi la patria (*ved.* il nostro tom. I, n. 244).

Precisamente a questa classe di oggetti l' art. 717 C. Nap. — 637 si riferisce, così disponendo:

« I diritti sopra gli effetti gettati in mare « o sopra le cose che il mare rigetta, di « qualunque natura siano, sopra le piante « ed erbe che crescono lungo le rive del « mare sono pure regolati da leggi par- « ticolari.

« Lo stesso ha luogo per le cose perdute « di cui non si presenta il padrone. »

62. — Le leggi particolari cui l' art. 717 rimanda non offrono sventuratamente molta armonia; anzi ravviseremo, per uno dei casi più ordinari ed usuali, non rinvenir effettivamente legge speciale (*infra*, n. 70). Quindi ci pare spiacevole che tutta cotesta tesi delle cose smarrite non sia stata, in veruna epoca, l' obbietto di un regolamento legislativo compiuto.

Checchè ne sia le cose di cui trattasi han potuto perdersi da colui al quale appartenevano, in luoghi e per effetto di circostanze, la cui diversità aver doveva influenza su la quistione di proprietà da risolvere qui; o possansi distinguere, sotto questo rapporto, quattro specie di cose smarrite:

1.° Le cose gettate dal mare su le spiagge;

2.° Le cose gettate su le sponde da' corsi di acqua navigabili o atto a trasporto;

3.° Le cose gettate su le sponde da' corsi di acque non navigabili nè atti a trasporto, e le cose smarrite sul suolo;

4.° Finalmente taluno cose smarrite in casi particolari ed assimigliate alle perdute.

63. — 1.° *Delle cose gettate dal mare su le spiagge.*

Ancora oggidì l' ordinanza su la marina del 1681 regola tutto ciò che risguarda le cose gettate dal mare su le spiagge.

All' obbietto la regola generale si è che tutti coloro i quali avranno estratto dal seno del mare o trovato su le onde o su le rive di esso effetti procedenti da getto, rottura o naufragio, debbono riporli in luogo sicuro, farne la dichiarazione all' autorità competente, la quale dee' fare delle pubblicazioni (art. 19, 20, 21 e seg.; tit IX, lib. IV.)

Cotesti oggetti, legni arrenati, mercanzie o altri possono reclamarsi entro l' anno e giorno della pubblicazione; e vengono restituiti al proprietario, *previo pagamento delle spese occorse per salvarli* (art. 21, 25).

In mancanza di reclamo in questo termine, l' art. 26 del precitato titolo della ordinanza gli attribuiva, dedotte le spese, per metà al re, e per metà all' ammiraglio: or. essendo lo Stato oggidì surrogato ne' diritti del re e dell' ammiraglio, ne conseguita che questi oggetti appartengono interamente ad esso, previe le medesime deduzioni (art. 539, 713 — 464.)

Dunque lo inventore non gli acquista in tutto nè in parte per diritto di occupazione.

64. — Non pertanto questa regola soggiace a due eccezioni:

Da un lato, se gli effetti naufragati siensi rinvenuti in alto mare, o estratti dal suo seno, debbesene conseguire il terzo allo inventore *immediatamente*, ovvero, in altri termini, senza dilazione, come insegnava Valin: dappoichè il terzo medesimo viene da lui effettivamente acquistato in tutti i casi, sia contro il proprietario stesso che li reclamasse nel termine prescritto, sia contro lo Stato (art. 27). Se non che osserviamo trattarsi qui degli oggetti. rinvenuti per caso, e non di quelli provegnenti da naufragio noto, al quale si lavori attualmente. In questo ultimo caso, in mancanza di reclamo, gli oggetti appartengono interamente allo Stato, prelevate le spese occorse per ricuperarli (confr. ord. del 1681, lib. IV, tit. IX, art. 1 - 18; Valin su l' art. 27 dello stesso titolo; ord. del 10 giugno 1770; legge de' 9 e 13 ag. 1791; del 27 termidoro anno VII.; Decreto del 17 fiorile anno XI, e del 25 marzo 1811);

D' altro lato le ancore estratte dal fondo del mare, non reclamate entro i due mesi a cominciare dal dì della dichiarazione da farsene, appartengono, interamente a coloro che le abbiano pescate (art. 28 del su citato titolo); ed ezinndio lo inventore diviene immediatamente proprietario delle funi recise e delle ancore lasciate nelle rade senza le *grippe*, *boa* o *gavitelli* che l' ordinanza prescrive porvi (art. 2, tit. VIII, lib. IV). Questa ultima disposizione nulladimeno sembra essersi immutata dall' art. 39 del decreto del 12 dicembre 1806, racchiudente regolamento intorno al servizio del pilotaggio, il quale, aumentando le spese di salvamento, quando le funi e le ancore si fossero lasciate senza gavitello, manifestamento suppone che verrebero restituite a' navigli cui appartengono.

65. — Finalmente osserveremo che gli a-

biti rinvenuti sù gli annegati debbonsi consegnare a coloro che gli avranno tirati su le spiagge, e che il danaro, gli anelli o altri oggetti preziosi trovati altresì sopra un annegato, se non vengono reclamati entro l'anno ed un giorno, appartengono per un terzo allo inventore, e per gli altri due terzi allo stato, in qualsiasi luogo siensi raccolti in mare o su le rive (confr. art. 35 e 36 del su citato titolo).

66. — 2.° *Delle cose gettate su le sponde da' corsi di acqua navigabili o atti a trasporti.*

In generale vengono denominate *cose gettate fuori da' fiumi* quelle rinvenute ne' corsi di acqua o su le loro rive come ruderi de' naufragi de' battelli o barche, gli oggetti trasportati dalla escrescenza delle riviere, o scoperti nello espurgamento del loro letto, gli oggetti provegnenti dagli annegati, ec.

Non avendo alcuna legge speciale regolato ciò che risguarda le cose gettate fuori dai corsi di acqua non navigabili nè atti a trasporto, ravviseremo che coteste specie di cose gettate fuori da' fiumi debbonsi assimigliare alle cose smarrite su la terra (infra, n. 69).

Ma ben diversamente accade delle cose gettate fuori da' fiumi e dalle riviere navigabili o atte a trasporto. La ordinanza su le acque e foreste del mese di agosto 1669, dopo aver dichiarato (nell'art. 3 del tit. I.), che il conoscere delle cose gettate fuori dai medesimi corsi di acqua apparterrebe agli uffiziali della soprintendenza delle acque e foreste, conteneva (nell'art. 16 del tit. XXXI. il quale tratta *della Pesca*), la seguente disposizione:

« Ordiniamo che tutte le cose pescate sui « fiumi e riviere navigabili vengono tra« sportate a terra, e che i pescatori ne dieno « avviso a' sergenti e guarda-pesca, i qua« li dovranno distenderne processo verbale e « farle custodire da persone solventi, che ne « assumeranno lo incarico, di cui il nostro « procuratore prenderà comunicazione in « cancelleria, appena recatovi dal sergente o « guarda-pesca, e se ne farà lettura alla « prima udienza; dietro di che il soprinten« dente o il suo sergente ordinerà che se, en« tro un mese, le cose smarrite non vengono « chieste nè reclamate, si venderanno a no« stro vantaggio al maggiore ed ultimo offe« rente; ed il prezzo tratto ne verrà conse« gnato a'nostri ricevitori, salvo il rilasciarlo a « chi lo reclamerà un mese dopo la vendita, « so così venga disposto con piena cognizione « di causa. »

Quindi lo inventore non ha in tal caso alcun diritto agli oggetti medesimi, nè al prezzo provegnente dalla vendita: è tenuto farne la dichiarazione: il processo verbale distesone viene letto alla prima udienza del tribunal civile (dal quale viene attualmente sostituito il tribunale della sopra intendenza), ed il quale ordina che se, nel corso do' due mesi gli oggetti non vengano reclamati, sieno venduti a favore del demanio; il prezzo può nondimeno venir pure reclamato dal proprietario entro il mese dal dì della vendita.

67. — Si è mossa quistione se ancora oggidì in siffatto termine il proprietario dovesse formare il reclamo, sotto pena di decadenza.

E per la negativa si è sostenuto:

La disposizione della ordinanza del 1669, risguardante le cose smarrite, forma parte della ordinanza medesima del titolo della pesca (titolo XXXI): or essa non viene riprodotta dalla legge del 15 aprile 1829, la quale, col suo art. 83, abroga tutte le leggi anteriori sulla pesca de' fiumi; dunque il diritto, pel proprietario, di reclamare il prezzo della sua cosa debbe durare se non un trentennio (art. 2262 — 2169), almeno un triennio (art. 2279—2185; confr. Demante, t. II, n. 11 *bis*, 1).

Ma ci pare che se cotesto ragionamento fosse ben fondato, la conclusione desuntane non andrebbe lungi abbastanza: di fatti, se l'art. 16 del titolo XXI dell'ordinanza del 1669 è stato abrogato dalla legge del 14 aprile 1829, lo è stato interamente, dunque non solo circa il termine in cui il reclamo del proprietario dovesse formarsi contro il demanio, ma eziandio circa l'attribuzione al demanio della proprietà di tali cose smarrite, ad esclusione dello inventore: e se non evvi più legge particolare su tali specie di cose smarrite, dovranno andar regolate dagli stessi principî che regolano le cose gettate fuori dai corsi di acqua non navigabili nè atte a trasporto, val dire che dovranno, in mancanza di reclamo dopo il trentennio, interamente attribuirsi a chi le abbia trovate (*infra*, n. 71).

Potrebbesi al certo sostenere questa proposizione, tanto più che l'art. 16 della ordinanza, negando ogni specie di diritto allo inventore, può sembrare durissimo ed alquanto

impolitico, dappoichè è a temere sospingerlo così a nascondere le cose trovate.

Checchè ne sia, la comune opinione sembra essere che l'articolo medesimo trovasi ancora in vigore in tutte le sue parti, e che il proprietario gode un mese per reclamare contro il Demanio il prezzo della cosa venduta. Ed il vero si è che, non essendosi la legge del 15 apr. 1829 menomamente occupata di tal quistione delle cose smarrite, puossi sostenere che l'abrogazione da essa stabilita delle leggi anteriori sulla pesca fluviale non applicasi a questa disposizione affatto speciale dell'ordinanza del 1669 sulla quale la legge del 1829 nulla ha statuito (confr. arresto C. cass. 23 luglio 1830, Mabire, D., 1830, I, 379; Proudhon, *del Demanio privato*, t. I, n. 421; Garnier, *del Regime delle acque*, t. I, n. 427; Foucart, *Diritto amministr.*, t. II, n. 714; Duranton, t. IV, n. 521; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 393).

68. — Garnier insegna che l'articolo 16 del tit. XXXI dell'ordin. del 1669 parlando solo delle cose *pescate sui* fiumi e le riviere navigabili (*supra*, n. 66), questa restrittiva espressione sembra applicarsi unicamente agli oggetti ostensibili sulla superficie delle acque, ma non a quelli rinvenuti sulle rive, rimasti a nudo nel tempo di basse acque, o nel fondo del letto, in sommersione, o diversamente; e l'autore invoca, citando il *Novello Denizart* (v° *Cose smarrite*), una decisione del parlamento di Parigi del 29 maggio 1743, la quale giustificherebbe questa interpetrazione (t. I, n. 428).

Non pertanto osserveremo che l'opposta dottrina viene generalmente insegnata (confr. Foucart, *Diritto amministr.*, t. II, n. 714; Duranton, t. IV, n. 521; Demante, tom. II, n. 14 *bis*, 1). Ma ammettendo pure (il che sembrerebbe poco ammessibile), che il su citato art. 16 dell'ordinanza del 1669 non dovesse applicarsi agli oggetti rinvenuti su la riva (era questa la specie della decisione del 1743), tornerebbe malagevole il negarne l'applicazione a quelli estratti dal fondo del letto; e lo stesso Garnier cita una decisione del 16 dicembre 1755, la quale considerò tali specie di oggetti come cose gettate fuori dai fiumi, applicando l'ordinanza del 1669 (t. I, n. 426).

69. — 3° *Delle cose smarrite sulla terra e gettate fuori dai corsi di acqua non navigabili nè atti a trasporto.*

Denominansi cose smarrite sulla terra gli oggetti animati o inanimati perduti da colui al quale appartenevano, sia nelle strade, piazze o vie pubbliche, sia sul suolo, ovvero nella casa di un privato: tali sono i cavalli, montoni o altri animali rinvenuti senza conduttore, un oriuolo, una borsa, una spilla, una valigia, ec. Abbiamo già detto che vengono assimigliate alle cose smarrite sulla terra le cose gettate fuori dai corsi di acqua non navigabili nè atti a trasporto (*supra*, n. 66).

Un tempo in Francia le cose smarrite venivano aggiudicate al signore del luogo in cui erano trovate, per compensarlo come insegnava Pothier, del dispendio da lui sofferto per fare impartire giustizia (*della Proprietà*, n. 67). L'inventore della cosa perduta era in obbligo di farne la dichiarazione in cancelleria; facevansi de' proclami per avvertire il proprietario di andare a reclamarla; e, in mancanza di reclamo in un termine prefisso, la cosa smarrita rimaneva aggiudicata al signore, senza che il proprietario potesse di poi reclamarla, avendo l'aggiudicazione purgato ed estinto il suo diritto di proprietà. Altronde le diverse consuetudini offrivano intorno a questo subbietto, più che sopra tutti gli altri, una estrema diversità di disposizioni, sia circa il termine in cui l'inventore doveva fare la sua dichiarazione in cancelleria; sia circa il numero, la forma, il luogo de' proclami richiesti; sia finalmente circa il termine in cui il proprietario della cosa perduta aveva diritto di reclamarla, qui durante un anno, là durante quaranta giorni soltanto; ed il punto da cui dovevasi cominciare il computo non era più uniforme del termine stesso. Eravi nondimeno un punto su cui le consuetudini in generale erano di accordo, cioè nel privar l'inventore di ogni diritto su la cosa o sul prezzo di essa; le consuetudini di Orleans e di Bretagna distinguevansi, sotto questo rapporto, dalle altre, attribuendogli un terzo del prezzo. Non pertanto soggiungiamo che eziandio in alcune province il diritto signorile su le cose smarrite andava circoscritto agli animali fuorviati, e le altre cose mobiliari perdute venivano lasciate interamente allo inventore, quando, dietro pubblicazione, non erano reclamate (confr. Pothier, *della Proprietà*, n. 73, 74; Dunod, *Osservaz. su la cons. di Franca-Contea*, p. 46; Merlin, *Rep.* v°. *Cose smarrite*).

Il diritto signorile su le cose smarrite venne abolito dall'art. 7 del tit. 14 della legge dei 13 e 20 aprile 1791 nel seguente modo:

« I diritti di *caducità*, di *albinaggio*, *di ba-*

« *stardigia*, ec. non avranno più luogo in fa-
« vore degli ex-signori, a principiare si-
« milmente dalla pubblicazione de' decreti del
« 4 agosto 1789, rimanendo gli ex-signori,
« da questa epoca, esonerati da mantenimento
« de' proietti. »

Tale è, intorno a questo subbietto, il diritto antico ed intermedio.

70. — Quali è mai il novello diritto ?

L'art. 717 si limita a dichiarare che i diritti su le cose perdute, il cui padrone non si presenti, vengono regolati da leggi particolari.

Or precisamente non rinviensi alcuna legge particolare, all'uopo, nel novello diritto; epperò le opinioni sono ancora oggidì altamente discrepanti intorno a cotesto subbietto nulladimeno sì pratico ed usuale.

Non pertanto viene ammessa da tutti una prima proposizione, cioè che l'oggetto perduto non potrebbe appartenere a colui sul predio del quale si è trovato, sia da un terzo, o dallo stesso proprietario del predio, poco monta (confr. arresto C. cass. 26 mag. 1846, Colombelle, Dev: 1846, I, 608); avvegnachè questo oggetto, non essendo nascosto nè sepolto, non costituiva un tesoro (*supra*, n. 33); e non faceva parte del predio su cui trovavasi più che la lepre forma parte del bosco pel quale trascorre.

Avverrebbe così eziandio nel caso in cui la cosa si fosse trovata nell'interno di un edifizio o di un'abitazione, se altronde fosse una cosa perduta, e non venisse dimostrato menomamente appartenere ad alcuno della cosa, o ad altro proprietario noto (confr. Duranton, t. IV, n. 323). Conviene semplicemente aggiungere, per questo ultimo caso, una considerazione giustissima dalla Corte di cassazione formulata in un arresto del 7 settembre 1855, cioè che tutti gli oggetti rinvenuti in una casa, eziandio gli oggetti smarriti, rimanendovi sotto l'autorità del padrone di questa casa, vengono, in certa guisa, riputati nel suo possesso, e che nulla debbe esserne distratto senza suo consenso (Lavoye, Dev., 1856, I, 81). D'onde conseguita che la circostanza essersi un oggetto smarrito rinvenuto in una casa particolare astringe specialmente lo inventore a dichiarare il suo discoprimento (*infra*, n. 74).

71. — Ma quando trattisi conoscere a chi appartenga la cosa perduta, le opinioni divengono; e possonsene annoverare tre :

A. A norma della prima, viene insegnato che, in mancanza di nuove leggi intorno a questo subbietto, il rimando racchiuso nell'art. 717 puossi applicare unicamente alle antiche consuetudini; e che conseguentemente è uopo ancora *osservare la consuetudine del luogo in cui la cosa si è rinvenuta*, attribuendo allo stato ciò che l'antico diritto attribuiva a' signori (Proudhon, *del Demanio privato*, t. I, n. 427); la qual dottrina, in alcuni casi, come testè osservammo, attribuirebbe allo inventore una porzione del prezzo della cosa (*supra*, n. 69).

B. In conformità della seconda opinione, le cose smarrite apparterrebero oggidì interamente allo stato, sia in forza del precitato art. 7 del tit. 1 della legge del 20 aprilo 1791, il quale ne privò gli ex-signori, e dell'art. 2 della legge del 1.° dicembre 1790, il quale attribuisce allo stato *tutti i beni e gli effetti mobili o immobili rimasti giacenti e senza padrone;* sin in forza degli art. 539 e 713, i quali hanno novellamente sancito tal disposizione della legge del 1790. Aggiungnesi essere tanto più giusto che lo stato sia succeduto in ciò a'diritti degli ex-signori in quanto che effettivamente lo stato sopporta oggidì le spese di amministrazione della giustizia ed altre, in compenso delle quali precisamente le cose smarrite andavano un tempo attribuite a' signori alti giustizieri (confr. Parere del Consiglio di Stato del 5 gen. 1821, Sirey, 1821, II, 70; Merlin, *Rep.*, v° *Cose smarrite*, e *Cose perdute e trovate per caso* (cose); Favard, *Rep.*, v° *Proprietà*, sez. 1, n. 11.)

C. Le due su riferite opinioni ci sembrano inammissibili del pari.

Da un lato, non sapremmo divisare, co'propugnatori della prima opinione, che il novello legislatore abbia inteso mantenere, sulle diverse contrade del territorio francese, cotesta infinita varietà di disposizioni offerte dalle consuetudini su questa materia (*supra*, n. 69); tanto più che lice oltre misura scorgere nell'art. 7 del tit. 1 della legge del 20 aprile 1791, l'abrogazione di tutto l'antico diritto consuetudinario in questa materia.

E d'altro lato, la seconda opinione non è meno mal fondata, a creder nostro, nel pretendere i suoi propugnatori che lo Stato trovasi sostituito ne' diritti su le cose smarrite attribuito agli ex-signori; dappoichè l'art. 717, dichiarando che i diritti su le cose perdute vengono regolati da leggi particolari, invincibilmente dimostra esservi inapplicabili gli art. 539 e 713; altrimenti, se gli art. 539 e 713 regolassero le cose perdute, è manifesto che

il rimando dell'art. 717 non offrirebbe alcuna significazione! Altronde abbiamo già osservato altresì che gli art. 539 e 743 vennero scritti mirando ad un complesso di beni, anzichè ad un oggetto singolare e determinato.

Da ultimo dunque allo inventore la cosa perduta debbesi attribuire interamente. È questa la terza opinione, che noi appunto suggeriamo di seguitare; ma essa medesima abbisogna divenire spiegata e definita.

Forse mercè la *occupazione* lo inventore della cosa perduta ne diverrà proprietario? no indubitatamente: dappoichè questa cosa non è *nullius*: se egli l'acquistasse mercè la occupazione, ne diverrebbe immediatamente proprietario; or ciò torna affatto impossibile, dappoichè il padrone della cosa perduta, il quale non abbiane abbandonato la proprietà, necessariamente la conserva: . . . *hae enim dominorum permanent* (§ 48, Inst., *de rer. div.*).

Forse dopo il trascorrimento del triennio la proprietà verrà acquistata dall'inventore? Molti autori sembrano così insegnare: tanto venne similmente statuito nel 3 agosto 1825 dal ministro delle finanze.

« Considerando che, in mancanza di speciali disposizioni sulla materia, puossi venire ad un determinamento solo per morali considerazioni;

« Che è importante lasciare all'inventore la speranza di cavar profitto un giorno da ciò che ha trovato, dappoichè questa speranza può indurlo a farne il deposito, e tal provvedimento, per la pubblicità da esso procacciata e pei termini cui dà luogo, ha per iscopo di vieppiù assicurare i diritti del proprietario;

« Considerando altronde che è principio che in fatto di mobili il possesso vale per titolo; »

Conseguentemente il ministro statuisce che la somma di 72 franchi e 5 centesimi, percepita dal demanio per prezzo di un oriuolo di oro trovato in ottobre 1824 dalla Laocesseur, verrà consegnata a costei, prelevate però le spese amministrative (Sirey, 1826, II, 4; confr. Delvincourt, t. II, p. 2, not. 10; Toullier, t. II, n. 49, not. 1, il quale mutò nondimeno sentimento intorno a tal quistione; Taulier, t. II, p. 183; Marcadé, art. 717, n. 2; Ducarroy, Bonnier e Roustaing, t. II, num. 394; agg. Osservazioni del consigliere Roucher d'Argis sopra una decisione della Corte di Orleans del 6 sett. 1853, Dev. 1856, II, 54, not. 6).

Ma, invocando l'art. 2279 — 2185, nello interesse dell'inventore medesimo, ei parve manifesto essersene trasgredito ad un tempo il senso letterale e lo spirito.

In vero l'art. 2279 garentisce, dopo il trascorrimento del triennio, avverso la rivendicazione del vero proprietario, il possessore della cosa perduta sol quando sia di buona fede ed abbia un titolo;

Or lo inventore non è di buona fede; dappoichè debbe conoscere, ove la cosa trovata abbia (come supponiamo) qualche valore, che il padrone della cosa medesima non abbia avuto lo intendimento di abbandonarla: egli non ha alcun titolo, non *avendola ricevuta* da alcuno, per valerci della espressione adoperata nell'art. 2279, nè a titolo di compra, permuta, pagamento, nè in veruna altra guisa;

Dunque non può invocare l'art. 2279.

Quegli medesimo che avesse comprato scientemente dallo inventore la cosa perduta non potrebbe invocarlo; *a fortiori* lo inventore nol può! È vero che un tempo, quando dopo il termine delle proclamazioni (di quaranta giorni in generale) la cosa perduta erasi aggiudicata al signore, il proprietario non poteva più reclamarla: ma il preciso motivo si è che questa aggiudicazione formava, a pro del signore, un titolo di acquisto legittimo (*ved. supra*, n. 60). Or nulla di simigliante abbiamo oggidì.

Dunque sol dopo il trascorrimento di trenta anni dal dì in cui rinvenne la cosa lo inventore può divenirne proprietario: sino allora ha una semplice specie di diritto di possesso, come dice Mourlon (t. II, p. 8); ovvero, se vuolsi che ne venga considerato proprietario, debbe esserlo sol quando la cosa perduta possa sembrare abbandonata da colui al quale apparteneva. Di qui la conseguenza dover restituire, sia la cosa medesima, sia il prezzo, se l'avesse venduta, qualora il proprietario reclamasse prima del trascorrimento del trentennio. È quindi puossi affermare che dopo il trentennio, per effetto della prescrizione, anzichè per effetto della occupazione, ne acquista la proprietà (art. 2262 — 2169; confr. Demante, t. II, n. 14 *bis*, 11).

È ben vero che potrebbesi sostenere, sotto altro punto di veduta, andar l'invasore immune da ogni reclamo dopo trascorso il triennio, in forza dell'art. 638 C. istr. crim. — 617, il quale dichiara che l'azion civile emergente da reato si prescrive, al pari dell'azion

penale, col decorso del trionnio. Ma sarebbe questo effettivamente un punto di veduta ben diverso: chi avesse rinvenuto la cosa andrebbe risguardato non più come inventore, ma come ladro; e noi qui non abbiamo ad intrattenerci intorno alla tesi speciale consistente nel conoscere se l'azion di rivendicazione del proprietario potesse, non ostante il surriferito art. 638, perdurare, eziandio in tal caso, un trentennio. Cotesta tesi verrà dappoi disaminata nel comentare gli art. 1382 e 1383 — 1336 e 1337 (confr. decis. C. di Bordò, 15 aprile 1829, Lacoste, Sirey, 1829, II, 218; arresti C. cass., 23 gennaio 1822, D. Sirey, 1822, I, 316; 3 ag. 1841, Condamin, Dev. 1841, I, 753; dec. C. di Bordò 31 lug. 1848, d'Armailhac, Dev. 1849, II, 81; Merlin, *Rep.* v° *Prescrizione*, sez. III, § 4, n. 5; Faustin Hélie, *della Istruzion criminale*, t. III, p. 792 e seg.; Troplong, *della Prescrizione*, t. II, num. 1049; Mourlon, *Repert. scrit.* sull'articolo 2279, p. 402; Mangin, *Az. pub.*, t. II, n. 367; Duranton, t. IV, n. 329; e segnatamente la dissertazione del nostro dotto collega Berthauld, *Lezioni di legisl. crim.*, p. 113 e seg.).

72. — Il proprietario che reclami la sua cosa debbe però rimborsare le spese fatte in occasione della medesima, come le spese di avvisi o affissi, mantenimento, riparazione, nutrimento, ove trattisi di un animale (arg. dall'art. 1375 — 1329).

E con molto fondamento altresì si è statuito essere in obbligo di adempiere alla offerta di una ricompensa da lui promessa pubblicamente, quando l'inventore la chiegga esibendogli la cosa perduta (arg. dagli articoli 1101, 1124, 1134 — 1055, 1075, 1088; sentenza del trib. civ. di Torino 3 agosto 1810, decis. C. di Lione, Sirey, 1811, II, 9).

73. — Al certo è pur dovere dell'inventore il praticare le diligenze necessarie a scovrire il padrone della cosa perduta. In simigliante caso il miglior partito si è farne la dichiarazione e la consegnazione all'autorità amministrativa o giudiziaria; in Parigi alla prefettura di polizia, e nei dipartimenti nella cancelleria del tribunal civile o presso i commessari di polizia. Sappiamo che, trascorso un termine prefisso senza alcun reclamo, la cosa o il prezzo, se abbia dovuto vendersi, dovrà restituirsi all'inventore (*supra*, n. 71).

Tali sono in generale le usanze quasi dovunque osservate.

Nondimeno è da confessare che nessuna legge rigorosamente impone all'inventore l'obbligo di adempiere queste condizioni e formalità, dipendenti così dalla sua buona volontà e dalla sua buona fede.

74. — Non sarebbe forse possibile rinvenirvi una sanzione, considerando come ladro chi, avendo trovato una cosa perduta, non ne avesse fatta la dichiarazione e la consegnazione all'autorità?

Ciò farebbe sorgere innanzi tutto una prima quistione, cioè se chi s'impossessi di una cosa perduta, eziandio con l'intendimento di appropriarsela, commetta effettivamente un furto nel senso della legge penale.

Di fatti potrebbesi sostenere, a norma dell'art. 379 C. pen., il ladro essere colui il *quale frodolentemente sottragga una cosa che non gli appartenga*: or la espressione *sottragga*, *sottrazione* implica l'idea aver l'autore del fatto rimosso e distratto la cosa dal luogo in cui erasi collocata dallo stesso proprietario, o da qualcuno in suo nome: quindi tal definizione del furto non può applicarsi all'inventore di una cosa perduta, la quale al certo non erasi posta dal proprietario nel luogo in cui si è rinvenuta, e la quale, pel fatto medesimo di tal perdita, trovavasi già, in certa guisa, separata da colui al quale apparteneva. Altronde non potrebbesi negare esservi, eziandio sotto il punto di veduta della morale valutazione, una differenza tra' due fatti. Molti non toglierebbero la minima cosa dall'altrui scarsella, ed intanto senza veruno scrupolo si approprierebbero una cosa perduta: anzi è pregiudizio abbastanza diffuso essere ciò permesso! e parecchi criminalisti, biasimando la condotta dell'inventore che si appropriï l'oggetto, hanno insegnato altresì cotesto fatto non constituire un furto (confr. Bourguignon, *Giurispr. dei Cod. crim.*, t. III, p. 364; Carnot, *Coment. sul Codice penale* sull'art. 379, osservazioni addiz., n. 4, e 383, n. 4; Legraverend, t. II, p. 129; Rauter, *Trattato di dritto criminale*, n. 507).

Nondimeno più generalmente si avvisa, e ragionevolmente a creder nostro, che il vocabolo sottrazione, nella nostra legge penale, esprime l'idea del diritto romano, il quale definiva il furto *contrectatio rei fraudolosa, lucri faciendi gratia* (§ 1, Inst., *de oblig. quæ ex del. nasc.*). Dunque questo vocabolo non esprime di necessità la rimozione della cosa dal luogo in cui il proprietario l'avova posta, ma piuttosto l'impossessamento della

cosa medesima, *contrectatio* con la frodolenta intenzione di appropriarsela (confr. L. 44, § 4, ff. *de furtis*; Vinnio sul § 48, Inst. *de rer. div.*, arresti C. cass., 29 maggio 1828, Lacroix, Dev. e Carr. *Collez. nuova*, 9, 1, 105; 23 lug. 1830, Mabire, D. 1830, 1, 379; 28 marzo 1846, Soulhat, Dev., 1846, 1, 328; decis. C. di Parigi, 9 nov. 1855, Durufle, *il Diritto* del 15 nov. 1855; Chauveau ed Hélie, t. VI, p. 579; Devilleneuve, *Osservaz. sulla precitata decis. della corte di Parigi*, 1856, II, 49, note 1 e 2).

Ma forse ne conseguita che la mancanza di dichiarazione basti per doversi statuire, contro l'inventore, avere avuto l'intendimento frodolento di appropriarsi la cosa perduta? Non potrebbesi giungere sino a tal punto (confr. decis. C. di Orleans 6 sett. 1853, Fouchard, Dev., 1856, II, 54). Le antiche consuetudini limitavansi in tal caso a stabilire contro di lui tenui ammende, tranne la sola consuetudine di Bretagna (art. 47), a norma della quale poteva esser tradotto in giudizio come ladro; ma era questa una eccezionale disposizione (confr. Pothier, *della Proprietà*, n. 70; Favard de Langlade, *Rep.*, v° *Proprietà*, sez. I, n. 11).

La mancanza di dichiarazione da parte dell'inventore constituirà dunque semplicemente uno degli elementi, ed è uopo aggiugnere al certo uno degli elementi più gravi, ad obbietto di dimostrare il suo intendimento frodolento di appropriarsi la cosa perduta: inoltre dovrassi investigare se nel momento stesso in cui l'ha rinvenuta abbia praticato di più; se abbia preso precauzioni per impedire al proprietario di scorgere le tracce ed assicurare a lui medesimo la conservazione di tal cosa o il suo valore nel venderla. Se questi fatti vengono provati, avvisiamo essere egli effettivamente un ladro, e dover essere punito come tale (confr. Merlin, *Rep.*, v° *Furto*; Demante, t. II, n. 14 *bis*, III.

75. — Non potrebbesi forse andare eziandio più oltre, e sostenere che, anche quando non venisse dimostrato contro l'inventore, che nel momento in cui ha rinvenuto la cosa, ebbe l'intendimento di appropriarsela, è addivenuto poscia ladro, qualora, dopo il reclamo formato dal proprietario, non l'abbia esibita, e segnatamente se, direttamente interpellato dal proprietario o dalla pubblica autorità, abbia negato aver rinvenuto la cosa medesima, e poscia sia stato convinto di averla trovata?

Si è di fatti così sostenuto, ed eziandio le corti han sancito tal dottrina.

Si è affermato che, essendo la sottrazione frodolenta l'impossessamento della cosa altrui, *lucri faciendi causa*, l'impossessamento stesso poteva divenire frodolento, quando la ritenzione della cosa assumesse carattere criminoso per posteriori circostanze (confr. arresto C. cass., 5 giugno 1817, Sirey, 1818, 1, 123; decis. C. di Nîmes 16 giugno 1819, Almeras, Sirey, 1819, II, 279; di Grenoble, 2 giugno 1825, Valentin, Sirey, 1826, II, 2; arresto C. cass. 4 apr. 1823, Mallet, Favard, *Rep.*, v° *Proprietà*, sez. I; 9 ag. 1832, Lembery, D. 1833. 1. 340; 13 aprile 1843, Conaty, ed il rapporto del cons. Rocher, Dev., 1843, 1. 623; Duranton. t. IV, n. 327).

Nulladimeno cotesta dottrina ci pare oppugnabilissima; e non opineremmo che in materia penale si potesse così ragionare ed ammettere senza più una tale inversione del possesso anteriormente acquistato. Laonde evvi *occultamento* punibile sol quando chi abbia ricevuto gli oggetti derubati avesse cognizione del furto nel momento in cui li ricevette, e, se gli abbia ricevuti di buona fede, la posterior cognizione che ne avesse dappoi acquistata non basterebbe a renderlo colpevole. Ciò che puossi semplicemente affermare si è che nulla impedisce che la frodolenta intenzione dell'inventore di appropriarsi la cosa nel momento stesso dell' impossessamento venga comprovata mercè di circostanze posteriori al fatto materiale dell' impossessamento. E tale riflessione sarebbe forse un mezzo di conciliare parecchi giudicati, in apparenza poco uniformi, emessi su tal quistione (confr. art. 63 C. pen. — 75; 1938 C. Nap. — 1840; arresti C. cass. 2 ag. 1816, Noulet, Sirey, 1817, 1, 52; decis. C. di Lione 17 gennaio 1828, Vallet, Sirey, 1828, II, 198; arresti C. cass., 2 sett. 1830, Grivet, Dev., 1830, 1, 400; Cass., 2 aprile 1834, Huet, 24 giugno 1836, G..., D. 1836, 1, 309 e 340; 7 febbraio 1834, *G. di diritto crim.*, 1834, p. 77; decis. C. di Orleans 6 sett. 1853, Fouchard, Dev. 1856, II, 54; arresto C. cass. 7 sett. 1855, Lavoye, Dev., 1856, 1, 84; decis. C. di Parigi 9 novembre 1855, Durufle, *il Diritto* del 15 nov. 1855, e Dev., 1856, II, 49; Chauveau ed Hélie, t. I, p. 480; Trébutien *Corso di dr. crim.*, t. I. p. 188).

76. — Altronde non bisognerebbe assimigliare allo inventore di una cosa perduta colui al quale si fosse consegnata, per una cir-

costanza qualsivoglia, una cosa rubata; come a cagion di esempio, un orefice o gioielliere, al quale una persona ignota fosse andata a proporre, per venderlo, qualche gioiello, se costei, temendo diessere scoperta, fosse fuggita lasciando il gioiello presso il gioielliere. Queste specie di oggetti non reputansi *trovati*; e debbonsi consegnare all'autorità pubblica, la quale, se il proprietario resti ignoto li fa vendere a pro dello Stato (confr. *infra*, n. 77; Pothier, *della Proprietà*, n. 79; *ved* nondimeno Proudhon; *del Dem, privato*, t. I n. 409.)

77. — 4.° *Di alcune cose smarrite in casi particolari ed assimigliate alle perdute* (*supra*, n. 62).

Il rimando racchiuso nell' art. 717 a leggi particolari, relativamente a'diritti su le cose perdute, è esatto in parecchi casi, di fatti sonovi alcune cose smarrite per cui sonovi speciali disposizioni; epperò allora le disposizioni medesime deggionsi osservare.

Quindi: 1.° La legge del dì 11 germile anno IV, la quale determina l'uso degli effetti mobili depositati nelle cancellerie e carceri dei tribunali, dispone che quelli fra tali oggetti, i quali non vengono reclamati dopo finito il giudizio con ultimo giudicato, o prescritta l'azione, sieno venduti, e che i proprietari godano un solo anno a cominciare dal dì della vendita per reclamare il prezzo; ma, a norma di una ordinanza del 22 febbraio 1829 (art 2), il termine medesimo si è prorogato sino al trentennio, in conformità dell' art. 2262 C. Nap. — 2169 (confr. eziandio ord. del 23 gennaio 1831 e del 9 giugno 1831).

2.° Un decreto del 13 agosto 1810 dichiara che le balle, casse, bauli, involti, ec., affidati ad intraprenditori di trasporti o procacci per terra o per acqua, quando non siensi reclamati entro i sei mesi dal dì dell' arrivo al luogo della loro destinazione, dovranno vendersi, previa nondimeno pubblicazione a diligenza dell' amministrazione de' demani.

L' art. 5 del predetto decreto concede ai proprietari il termine di due anni per reclamarne il prezzo (confr. Dichiarazione del 20 gennaio 1699.)

3.° A norma della legge del 6 agosto 1791, tit. IX, le balle, involti o mercanzie qualsivogliano, abbandonate nelle officine doganali, vengono vendute, dietro pubblicazione, dopo il termine di un anno; ed il prezzo va attribuito allo Stato, qualora, trascorso un altro anno dal dì della vendita, il proprietario degli oggetti venduti nol reclami (art. 5).

4.° La legge del 31 gennaio 1833 dichiara diffinitivamente acquistate dallo Stato le somme versate nelle casse degli agenti delle poste per consegnarsi ne' luoghi destinati, e la cui rimborsazione non sarà stata reclamata dagli aventi diritti nel termine di otto anni a principiare dal dì del versamento medesimo.

E. *Della occupazione del bottino per effetto della guerra, bellica.*

SOMMARIO

78. — Del bottino sul nemico - Delle prede marittime.

78. — Ci limitiamo a far qui menzione di questo ultimo modo di occupazione denominato *occupatio bellica*, e le cui regole sono estranee al vero e pacifico dominio de' nostri studii. Ci basti lo affermare che di fatti la occupazione del bottino sul nemico è un modo di acquistare, quando abbia luogo in conformità de' diritti della guerra (Inst., § 17 *de rer. div.*) Nulladimeno, intorno a cotesto subbietto, nella nostra legislazione rinvengonsi speciali disposizioni unicamente per le prede marittime (confr. ord. su la marina del 1681, tit. IX e X; regolamento del 26 lug. 1778; ord. del 2 pratile anno XI; Pothier, *della Proprietà*, n. 86 e seg.; Toullier, t. II, n. 371; Proudhon, *del Dem. privato*, t. I, n. 335 e seg.; Duranton, t. IV, n. 335 e seg.; Massè, *diritto comm.*, t, I, n. 118 e seg., e n. 153 e seg.)

TITOLO PRIMO.

DELLE SUCCESSIONI.

ESPOSIZIONE.

SOMMARIO.

79. — Che cosa sia successione. — Diverse significazioni di questo vocabolo.
80. — La successione è forse tuttora, vigente il Codice, legittima o testamentaria?
80 *bis*. — Continuazione.
80 *ter*. — Continuazione.
81 — Importanza di questa materia. — Valutazione generale del sistema del Codice Napoleone su le successioni intestate.
82. — Divisione generale.

79. — Il succedere, è venire dopo un'altro ed occupare il suo posto: in questo senso il

vocabolo *successione* si applica, come testè osservammo, a tutti i modi derivati di acquistare (*supra*, n. 10)

Ma nella speciale significazione in cui dovremo adoperarlo, il vocabolo *successione* desta una idea di morte; ed esprime la trasmissione della universalità de'dritti attivi e passivi di una persona trapassata alla persona superstite dalla legge chiamata a raccoglierli *haereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuit* (l. 62 ff. *de reg. iur.*). Precisamente in tal senso l'art. 718—638 dichiara che la *successione si apre* cioè che la trasmissione avviene per la morte.

Mercè il vocabolo *successione* viene pur dinotata la stessa universalità constituente l'obbietto di questa legale trasmissione.

Il vocabolo *eredità* viene altresì adoperato spesso qual sinonimo del vocabolo *successione* nel duplice significato che questo offre, e particolarmente nell'ultimo (*ved.* art. 1696 — 1542). Viene pure adoperato oggidì, benchè di raro, l'altro vocabolo *retaggio* qual sinonimo di *successione* o *eredità*.

80. — Per diritto romano la successione, o con maggiore esattezza la eredità, era testamentaria o legittima; cioè che la volontà dell'uomo formava un erede al pari della legge; anzi la successione testamentaria precedeva la successione legittima, per modo che questa aprivasi sussidiariamente, in secondo ordine, e sol quando fosse indubitato non esservi erede testamentario. Difatti i Romani, secondo i costumi loro e le loro particolari idee, riguardavano come una specie di disonore il morire *intestatus* (confr. Inst. di Giust., § 1 e 7, *de hæredit. quæ ab intest. defer.*).

Un tempo in Francia, nelle provincie di diritto scritto, la successione era similmente testamentaria o leggittima, val dire che le instituzioni di eredi potevano farsi per testamento.

Ma le leggi e le costumanze erano, nelle province consuetudinarie, assai diverse: *hæredes gignuntur, non scribuntur*, energicamente vi si diceva; oppure: *Solus Deus hæredem facere potest non homo;* o finalmente: *Instituzione di erede non ha luogo!* (Confr. Simmaco, *epist.*, 1, 15; Glanville *de legibus Angliæ*, lib. VII, cap. 1; Loysel, *Inst. cons.* lib. II, tit IV, regola 5, ediz. Dupin e Laboulay, t. 1, 298; Laferrière, *Storia del Diritto*, t. II, p. 88 e 521).

Tali erano le massime delle nostre consuetudini, le quali di fatti ammettevano una sola specie di successione e di eredi, cioè la successione deferita dalla legge o gli eredi legittimi. Non ammettevano eredi, testamentari! ma semplicemente legatari, obbligati di dimandare all' erede chiamato dalla legge il rilascio del loro legato, ed unicamente tenuti de'debiti a cagione e sino alla concorrenza dei beni da essi conseguiti.

Non pertanto ravviseremo che la volontà dell' uomo poteva formare un erede, è vero non per testamento, ma per contratto; tale era la speciale prerogativa della instituzione contrattuale ;(confr. Pothier, *delle succes.* art. prelim. e cap. V, art 3, n. 1; Lebrun, *delle Success.* lib. IV, cap. II, sez. I, n. 3; Loysel, *Inst. cons. loc. supra cit.* regole 9 e 10.)

È una tesi da lungo tempo ed ancora oggidì sommamente agitata quale sia il partito adattato da' compilatori del Codice Napoleone su tal punto.

Alcuni insegnano che la successione è, sotto l'impero del nostro Codice, legittima o testamentaria, e che possiamo ancora avere oggidì, come un tempo, ne' paesi di diritto scritto, *eredi instituiti* (confr. Merlin, *Rep.*, v° *Legatario*, § 7, art. 1, n. 47; Delvincourt, t. II, p. 11, Toullier, t. II, n. 68; Tanlier, t. IV, p. 150-154; Mourlon, *Rep. Scritto*, t. II, p. 8).

Per contrario altri pretendono che il Codice Napoleone riconosce, come il diritto consuetudinario, una sola specie di successione ed una sola specie di eredi, cioè la successione legittima e gli eredi legittimi; e che la volontà dell' uomo può formare semplici legatari (confr. Duranton, t. VII, n. 14; Aubry e Rau, t. V, p. 425 - 426; Poujol, *delle Success.*, su l'art. 871, n. 6; Marcadé, art. 722, n. 8).

Non è questo il luogo di occuparci de' caratteri e degli effetti delle diverse disposizioni a titolo gratuito, le quali possonsi fare per volontà dell' uomo.

Non pertanto, sin da ora, presenteremo alcune osservazioni le quali ci sembrano di natura tale da preparare la soluzione delle difficoltà che questa tesi promuoverà nel titolo stesso delle successioni, dappoichè rinverremo in questo titolo i legatari ed i donatari universali o a titolo universale; ed avremo a risolvere la quistione sommamente importante in qual modo sieno tenuti, con gli eredi legittimi, de' debiti e pesi ereditari (art. 871 - 875 — 792 - 795).

Ebbene adunque è uopo primieramente am-

mettere che, dichiarando, con l'art, 711 — 632, che la proprietà de' beni si acquista per *successione*, *per donazione tra vivi* o *testamentaria*, i compilatori del Codice Napoleone sembrano comprendere sotto il vocabolo *successione*, la sola successione intestata.

E di fatti essi stabiliscono in primo ordine la successione legittima, la quale forma appo noi la regola generale ed il diritto comune; poscia, nell' occuparsi della trasmissione dei beni per volontà dell' nomo, non adoperano più i vocaboli *successione ed eredi*. Precisamente nel titolo delle donazioni *tra vivi e de' testamenti* ne stabiliscono i principii; e quivi non rinvengonsi più se non donazioni o legati, donatarii o legatarii; dappoichè, se in alcuni articoli del titolo medesimo (*delle donazioni tra vivi e de' testamenti*) trovansi adoperate le denominazioni di *eredità* o *di erede instituito*, sembra che tali denominazioni, secondo il sistema generale del Codice, sienvisi adoperate come sinonimi do' vocaboli *legatato* o *legatario* (confr. art. 896, 1002, 1037, 1085 — 928, 992, 1044).

Ben fondata è questa osservazione, nel senso che essa assoda la fraseologia del nostro Codice; ed è saldo lo affermare, sotto questo rapporto, che coloro i quali vengono della legge chiamati a raccogliere tutti o parte de'beni di una persona trapassata, vengon soli denominati *eredi*; mentre coloro che li raccolgono tutti o in parte, per volontà dell' uomo, sono, a norma del Codice, qualunque sia la denominazione data loro dal disponente, semplici *legatari o donatari* (art. 1002).

È questo, a creder nostro, il risultamento di tutte le opinioni più o meno contraddittorie, appalesate nella discussione in consiglio di Stato su la quistione se sussistessero ancora o pur no *instituzioni di erede* (confr. Locrè, t. XI, p. 247, 253, 468 e t, XII, p. 8 e 9).

Cotesto risultamento non è, come ravviseremo, di molta importanza; e ragionevolmente, a creder nostro, l' avvocato generale Nicias Gaillard scrisse che « su tal punto le qualificazioni han perduto molto del loro valore e le cose hanno assunto il posto delle parole. » (*Rivista critica di giurisprudenza*, 1852, p. 352).

Dnnque che vengono censurati, se così piaccia coloro i quali pretendono potervi essere, vigente il nostro Codice, *eredi instituiti* sta bene! il Codice riconosce semplici *legatari*.

Ma nel merito delle cose, qnali sono gli effetti del legato o della donazione, sia della universalità, sia di una quota-parte della universalità de' beni del defunto?

Ecco la vera quistione, la quistione grave e pratica. Noi appresso torneremo ad intrattenervici. Ci basta l'osservare qui che il nostro Codice si è attennto alla stessa veracità dei fatti, e, comnnque non abbia dato la denominazione di *eredi* a' legatari universali o a titolo universale, ha riconosciuto in essi dei snccessori *in universum jus defuncti*, e che gli ha conseguentemente risguardati, sotto molti rapporti, come se fossero credi: *loco haeredum*. L' art. 1006 — 932 ne offre segnatamente la pruova più convincente; dappoichè attribuisce il possesso al legatario universale, ad esclusione, dell' erede legittimo, il quale trovasi qnindi compiutamente soppiantato: il vero si è che in tal caso non evvi successione nè crede legittimo; ed allora cosa manca a questo legatario universale per essere pienamente *un erede instituito* se non la semplice denominazione non datagli? (confr. l. 128, § 1, ff. *de reg. juris*; art. 871, 873, 1009, 1011, 1012, 2111 — 792, 794, 935, 965, 966, 1997; arresto C. cass. 13 ag. 1851, Toussaint, Dev., 1851, I, 657; decis. C. di Tolosa 9 giugno 1852, stesse parti, *G. del F.* 1852, I, 484; Felix, Berriat-Saint-Prix, *Rivista critica di giurispr.*, 1852, p. 97 e 167; Nicias Gaillard, *loc. supra cit.*; Troplong, *delle Donaz. e de' Test.*, t. IV, n, 1836 e 1840.)

80 *bis*. — Cotesto modo di riguardar la tesi da noi esposta ci permette altresì, sin da ora di risolvere leggiermente una importante quistione rannodantevisi, cioè:

Se le disposizioni del titolo delle snccessioni sieno applicabili alle donazioni tra vivi ed a' testamenti, e se sia uopo applicare a'legatari gli articoli onde il codice dispone a pro degli eredi?

A parer nostro questa applicazione dovrà farsi quante volte i legatarii o i donatarii, sia universali, sia a titolo universale, secondo gli effetti stessi che il Codice attribuirà a ciascuna di tali disposizioni, si troveranno in posizione perfettamente simile a quella dell' erede *loco hæredis*.

E conseguentemente.

1.° Applicheremo loro come altronde comunemente si opina, gli articoli relativi alle somme ed agli effetti della divisione, ed alla garentia delle quote; i quali articoli di fatti nulla racchindono di speciale alla materia delle successioni, e dalla stessa legge eslesi a tutte

le ipotesi in cui più persone trovansi in istato d' indivisione, da qualunque causa proceda la indivisione medesima (confr. art. 815, 883 884 e seg., art. 1872, 1476 — 734, 803, 804. 1744.)

2° Noi opiniamo altresì, comunque tal proposizione sia per contrario gravemente controvertita, che sarà uopo applicar loro gli articoli relativi al benefizio dell' inventario.

Ma unicamento quando dovremo trattare cotesto subbietto le diverse generalità premesse potranno assumere la precisione loro necessaria.

80 *ter*. — Del rimanente l' incontrastabile si è che i compilatori del Codice Napoleone non hanno ammesso non poter l'uomo morire *pro parte testatus, pro parte intestatus*.

Dunque la successione intestata può concorrere col testamento o con la donazione, o gli eredi legittimi co' legatari o co' donatari (art. 874, 875, 895, ec. — 792, 795, 845, ec.; confr. Locré, t. XI, p. 468).

81. — Sotto qualsivoglia punto di veduta si consideri la materia delle successioni intestate, manifesta ne è l' importanza. Non evvene alcuna la quale occupi, nel campo della scienza, un posto più notevole e che sia degna di venir maggiormente raccomandata all' attenzione del giureconsulto: gl' interessi che vi si rinvengono tuttodì impegnati abbracciano l' intera fortuna delle famiglie; e, sotto altro rapporto, è nota l'intima relazione che congiugne questo ramo del privato diritto al dritto pubblico, e che la storia delle successioni intestate, appo i diversi popoli, è pressochè esattamente la storia stessa del loro sociale ordinamento e delle loro politiche instituzioni.

Il sistema delle successioni sancito dal Codice Napoleone ha formato l' obbietto di alquanto gravi censure: si è detto che non aveva alcuno scopo determinato, alcun sistema proprio ad esso, e che non potevasi scorgere se avesse assunto per base la equità o le affezioni presunte del defunto, o i suoi domestici doveri, nè se poggiasse sull' antica idea del diritto germanico di una specie di condominio anteriore della famiglia ne'beni lasciati dal defunto (confr. Toullier, t. II, n. 141 e seg.; Zachariae, ediz. Massé e Vergé, t. II, p. 232).

Coteste censure ci sono sempre parute ingiustissime.

Potremmo osservare dapprima quanto ardua e delicata si era nel 1804 la impresa dei novelli legislatori. Trattavasi nientemeno di fondare la società francese sopra novella base, in mezzo agl' incoerenti frantumi di tutte queste legislazioni anteriori, cotanto diverse, cotanto contraddittorie, le quali ancora ingombravano il suolo dappertutto?

Ma, a prescindere dalle difficoltà sì notevoli di cotesta opera di transizione e di conciliazione fra l' era antica che spariva, e l' era nuova che cominciava, il titolo del Codice Napoleone sulle successioni legittime dovrebbe pure, a parer nostro, venir riguardato, in modo assoluto, come una delle migliori leggi intorno al subbietto, essendo nel tempo stesso unisona ai voti de' cittadini o delle famiglie ed ai principi politici su cui poggia la società, che è chiamata a regolare.

Da un lato le affezioni presunte del defunto, le sue oneste e ben regolate affezioni, e conseguentemente altresì i suoi doveri di parentela;

D' altro lato la equità, lo spirito di famiglia, e in determinata proporzione, riguardo ai figli, l' idea di una specie di continuazione della proprietà del patrimonio del *de cujus*; le generali costumanze del paese; il politico interesse dello Stato;

Tale è la duplice base su cui è agevole ravvisare essersi innalzato il novello reggimento.

Quindi bentosto osserveremo che di fatti, nella maggior parte delle sue applicazioni, la nostra legge sulle successioni intestate viene genuinamente in campo come il testamento tacito e presunto di chi non abbia espressamente disposto de' suoi beni; del pari che è dessa la fedele espressione del novello spirito sì profondamente insinuatosi nella nostra moderna società, di quello spirito di eguaglianza che il nostro antico diritto francese aveva compiutamente sconosciuto, che il diritto intermedio aveva spinto sino ai più pericolosi eccessi, e che il legislatore del 1804 seppe stabilire in quel convenevole grado di moderazione e di prudenza, il quale rappresenta esattamente le costumanze delle famiglie e lo spirito pubblico del paese; con quella prudenza e quella moderazione caratterizzanti le buone leggi, e che ne assicurano la durata.

Dunque non ad alcune imperfezioni di particolari è uopo attenersi per valutare, come si conviene, siffatto monumento; sì bene al suo complesso, all' intero ordinamento che vi predomina; o quanto più noi lo meditiamo sotto questo punto di veduta tanto più il ri-

miriamo con ammirazione da parte nostra (*ved.* altronde *infra*, n. 380).

82. — La materia delle successioni intestate offre naturalmente una divisione in tre parti; e forma, se fosse permesso così esprimersi, una specie di dramma in tre atti:

Nel primo assistiamo all'apertura della successione ed alle chiamate ereditarie;

Il secondo pone in iscena i successori del defunto, chiamati dalla legge ad emettere la propria volontà su'diversi partiti che possono prendere fra la rinunzia e l'accettazione pura e semplice o col beneficio dell'inventario;

Finalmente nell'ultimo atto sviluppansi le conseguenze del determinamento preso, sia riguardo ai terzi, sia fra essi, quando sienvi più eredi.

La ripartizion generale del nostro titolo in sei capitoli esattamente corrisponde a cotesta naturale trilogia del subbietto.

Il capitolo I tratta: *Dell' apertura delle successioni e dell' immediato passaggio del possesso negli eredi.*

Il capitolo II: *Delle qualità richieste per succedere;*

Il capitolo III: *De'diversi ordini di successione (regolare);*

Il capitolo IV: *Delle successioni irregolari.*

Il capitolo V: *Dell'accettazione e della rinunzia dell'eredità;*

Il capitolo VI: *Delle divisioni e delle collazioni.*

Noi esattamente seguiremo quest' ordine.

CAPITOLO PRIMO.

DELL' APERTURA DELLE SUCCESSIONI E DELLO IMMEDIATO PASSAGGIO DEL POSSESSO NEGLI EREDI.

SOMMARIO

83. — Divisione.

83. — Questo capitolo primo, come il suo titolo dimostra, contiene due ordini di disposizioni:

1° *Dell'apertura delle successioni*, cioè per quali eventi apronsi le successioni?

2° *Dell' immediato passaggio del possesso negli eredi*, cioè in qual modo segue la trasmissione de' beni del defunto al successore che lo surroga, e quali sono gli effetti generali della trasmissione medesima?

Ci faremo successivamente a disaminare tali due punti.

SEZIONE I.

Dell' apertura delle successioni.

SOMMARIO

84. — Le successioni apronsi per la morte naturale. — La morte civile non è oggidì cagion di apertura della successione.

85. — La professione religiosa un tempo apriva la successione. — Non avviene lo stesso vigente il nuovo dritto,

86. — Precisamente nel dì della morte si apre la successione. — Conseguenza di questo principio.

87. — Coloro che reclamano la successione debbono dimostrare tre cose:

88. — 1°. È uopo primieramente dimostrare la morte naturale, la *morte* del *de cujus.* — Come mai può farsi tal pruova?

89. — Continuazione. — *Quid* ne' casi straordinari in cui il corpo della persona trapassata non si fosse trovato o riconosciuto?

90. — L' alleanza prolungata sino alla immissione in possesso diffinitivo non debbe forse venire assimilata alla pruova della morte?

91.—2°. È uopo dimostrare il preciso momento della morte del *de cujus.* — In qual modo può farsi tal pruova?

92. — 3°. Finalmente è necessario che coloro i quali reclamano una successione dimostrino la esistenza o almeno il concepimento, nel momento della morte del *de cujus*, di chi pretendesi essergli succeduto. — In qual modo dovrà farsi tal pruova? — *Quid*, se due o più persone rispettivamente chiamate alla successione l' una dell' altra sieno trapassate per lo stesso avvenimento?

93. — Del dritto romano e dell' antico dritto francese su cotesta tesi de' *commorientes.*

94. — Il Codice Napoleone è il primo che abbia fondato, su tal materia, un sistema di presunzioni di sopravvivenza. — Testi degli art. 720, 721, e 722.

95.—È importante primieramente ben determinare la ipotesi contemplata e regolata da tali articoli. — Esempi.

96. — Gli artic. 720 a 722 formano, in un ordine graduale e sussidiariamente gli uni agli altri, tre generi di pruove:

97. — 1°. Primieramente è necessario stabilir la pruova diretta e positiva de' premorti e de' superstiti. — Con quali mezzi?

98. — 2°. In mancanza di pruova diretta e positiva, la presunzione di sopravvivenza vien determinata dalle circostanze di fatto. — Questo secondo modo di pruova consiste al pari del primo, nell' applicazione del dritto comune.

99. — Continuazione. — Il magistrato può forse aver riguardo allo stato di salute o di malattia, o alla maggiore o minore robustezza di complessione di coloro che sieno congiuntamente periti?

100. — 3°. Se non si possa somministrar la pruova diretta nè indiretta dell' ordine de' trapassati, la legge stabilisce presunzioni di sopravvivenza fondate su la vigoria della età e del sesso. — Esposizione di tal sistema di presunzioni.

101. — Continuazione. *Quid*, se fra'*commorientes* alcuni trovinsi nella prima categoria, mentre gli altri formino parte, sia della seconda, sia della terza?

102. — Continuazione.

103. - Alle presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli artic. 721, 722 è uopo aggiugnere quelle stabilita dalla legge del 20 pratile anno IV. — Testo di questa legge. — Osservazione.

104. — In qual mode potrà provarsi l' età rispettiva di ciascuno de' *commorientes*.

105. — Continuazione. — Se due gemelli fossero periti congiuntamente, come potrebbesi stabiliro tra essi la differenza dell' età ?

106. — Le presunzioni di sopravvivenza stabilita dagli artic. 721 - 722 e dalla legge del 20 pratile anno IV sono applicabili a' successori irregolari del pari che agli eredi legittimi,

107 — Quando i *commorientes* fossero rispettivamente chiamati alla successione l'uno dell' altro, le presunzioni di sopravvivenza sono applicabili, senza esservi luogo a distinguere se i loro dritti, nelle loro reciproche successioni, fossero simili e diversi, nè se fossero in gradi eguali o ineguali per riguardo al comune autore.

108. — Quando le presunzioni legali di sopravvivenza sieno applicabili, il vantaggio che ne emerge giova a tutti coloro i quali hanno dritto ad esercitare nella successione di quello fra' *commorientes* che si presume sopravvissuto. — Esempl.

109. — Le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli artic. 721 - 722 possono forse applicarsi ad ipotesi diverse da quella contemplata da tali art. ? — Esposizione.

110. — È forse ben fondate le affermare che le presunzioni di sopravvivenza fermate negli art. 721 - 722 vengone imposte dalla necessità ? — Esposizione. — Dimostrazione.

111. — Soluzione generale : la presunzioni stabilite dagli articoli 721 - 722 applicansi, in materia di successione intestata, alla sola ipotesi in cui i *commorientes* venissere rispettivamente chiamati alla successione l' uno dell' altro; ed esse non applicansi ad alcuna ipotesi qualsivoglia in altra guisa.

112. — A. 1°. Eziandio in materia di successione intestata le presunzioni legali degli art. 721 - 722 tornano inapplicabili quande i *commorientes* non vengono rispettivamente chiamati alla successione l' un dell'altro, ma un di essi soltante sia erede presuntivo dall'altro, senza reciprocanza di chiamata.

113. — Continuazione. — Se due fratelli, un de' quali abbia figliuoli, sien periti per lo stesso avvenimento, senza potersi dimostrare la sopravvivenza dell' uno o dell' altro, i figli di uno de' fratelli, morti potranno forse conseguire la eredità dello zio, sia in nome proprio, sia per rappresentazione ?

114. — 2°. Le presunzioni legali formate dagli art. 721 - 722 sone inapplicabili allo stesso caso in cui i *commorientes* rispettivamente chiamati alla successione l'uno dell'altro fossero periti per avvenimenti diversi, del pari che al caso in cui si fossero trovati ambedue estinti di malattia, e per ogni altra cagione, nella stessa camera o in luoghi diversi, senza esser possibile determinare l' ordine de' decessi.

115. — 3°. La medesima soluzione debbesi applicare al caso in cui i *commorientes*, venissero rispettivamente chiamati alla successione l' un dell' altro, se fosse impossibile determinare tra essi la differenza dell' età.

116.—4°. *Quid* se i *commorientes*, trovandosi rispetti
te chiamati alla successione l' un dell' altro, un
il quale non avesse erede riservatario , avesse ins
un legatario universale ?

117. — B. La presunzioni di sopravvivenza stabilite da
721-722 sono applicabili in materia di liberalità,
stamentarie, sia tra vivi e contrattuali. — Dimostr

118. — Continuazione. — *Quid*, se i *commorientes* tro
si rispettivamente chiamati alla successione l' un
tro quello, che si presumesse sopravvissuto, a nor
gli art. 721 - 722, fosse nel tempo stesso legatar
l' altro per anteparte e prelegato ?

119. — Le quistioni di sopravvivenza o premorienza ,
teria di liberalità testamentaria e tra vivi, debbons
que risolvere a norma delle regole del dritto com
Il magistrato potrebbe forse, in simil caso, aver ri
alla vigoria dell' età o del sesso de' *commorientes*,
rogarsi le presunzioni di sopravvivenza degli ar
721 - 722 ?

84. — A norma dell' art. 748 — 638.
« Le successioni si aprono per la n
naturale e per la morte civile. »

E l' art. 749 — 639 soggiugne che :
« La successione per la morte civile
« perta dal momento in cui questa vien
« flitta, in conformità delle disposizioni
« seziono 2ª del capo II del titolo *del*
« *mento e della perdita de' diritti civili.*

Essendo la morte civile oggidì abolita
legge del 31 maggio 1854 , questa caus
apertura della successione non esiste
Altronde possonsi osservare su questo so
to gli sviluppamenti da noi dati (nel nos
I, n. 199 e seg.)

85. — Le successioni apronsi altresì
nostro antico diritto francese, mercè la
fessione religiosa, la quale traeva la rin
al modo o al secolo, come dicevasi e pe
fetto della morte civile (confr. Pothier,
succes. , cap. III, sez. 1. § 1 ; *e delle p*
ne, n. 28 - 29.).

Ma le nostre novelle leggi non ànno
ammesso tali principii (ved. il nostro t
n. 200).

86. — Rimane dunque la morte natu
ovvero, in altri termini, *la morte* como
nica causa oggidì dell' apertura delle su
sioni. Non vi è, non potrebbe esservi *su*
sione di un uomo vivente . . . . *Nulla est*
ventis hæreditas (confr. art. 791 , 1
1600 — 708, 1081, 1115.)

A norma dell' art. 749 le successioni ap
si per la morte naturale : notabile è q
formola ; essa dimostra che precisamente
momento stesso della morte, in quel mo
to preciso e supremo, in cui sparisce l' ul
alito di vita, segue la trasmissione legale,

mediatamente, senza intervallo, senza alcuna soluzione di continuità.

Dal che di fatti sorge la conseguenza che appunto al momento medesimo è uopo attenersi, per determinare la qualità e la capacità di coloro che debbono conseguire il diritto aperlosi.

Or, siccome la condizione necessaria per succedere si è lo esistere *nel momento in cui si apre la successione* (art. 725 — 646), così ne conseguita che appunto nello istante medesimo è affatto necessaria e sufficiente la esistenza del successore.

Necessaria; dappoichè non evvi incapacità maggiore del nulla! epperò, se chi pretendasi successore non si trovasse nato nel momento dell'apertura della successione, almeno bisogna provare che era già conceputo ;

Sufficiente ; dappoichè, se esisteva nel momento dell'apertura della successione, l'ha raccolta;e poco monta che sia poscia egli medesimo quasi immediatamente trapassato:ancorchè fosse sopravvissuto un minuto,tal circostanza basterebbe di fatti per trovarsi la eredità da esso acquistata trasmessa da lui con la propria eredità (art. 781 — 698).

« La morte, l'apertura della successione , « la devoluzione della eredità, dice benissimo « Toullier, sono, in conformità dello nostro « leggi, tre fatti unici ed indivisibili. » (t. III, p. 114).

87. — Dal fin qui esposto si scorge che coloro i quali reclamano una eredità , debbono dimostrare *tre* cose, cioè :

1.° La morte naturale di colui *de cujus hæreditate agitur* (per abbreviazione del *de cujus*) ;

2.° Il momento esatto e preciso della morte medesima ;

3.° La esistenza, o almeno il concepimento, in qual momento, di chi pretendasi essere succeduto al defunto.

88. — 1.° La pruova della morte naturale risulta, ne' casi ordinarii, dall' atto dello stato civile, il quale comprova il fatto medesimo della morte e la individualità della persona trapassata (art. 77 — 82 ; *ved.* il nostro tomo I, n. 302),

Ma come mai potrà somministrarsi tal pruova qualora fosse impossibile esibire un atto di morte ?

E primieramente, se tale impossibilità provenga dalla circostanza che nel comune in cui la morte ha avuto luogo i registri non fossero esistiti o si fossero perduti, l'art. 46 — 48 ha provveduto a tale ipotesi (*ved.* il nostro tomo I, n. 321 e seg.)

89. — Ma che mai è da statuire nei casi straordinarii in cui il corpo della persona trapassata non avesse potuto esser trovato o riconosciuto, come se fosse perito nello scoscentimento di una miniera , in un incendio, una inondazione o un naufragio, in una catastrofe di ferrovia o altra ?

Un decreto del 3 gennaio 1813, su la concessione delle miniere, dispone che:

« Quando vi sara impossibilità di giugnere sino al luogo in cui trovansi i corpi degli artefici periti ne'lavori, i concessionari, i direttori ed altre aventi causa, saran tenuti di far comprovare questa circostanza dal sindaco o altro ufiziale pubblico che ne distenderà processo verbale , e trasmetterlo al procuratore imperiale,a diligenza del quale, e dietro autorizzazione del tribunale, questo atto sarà annesso al registro dello stato civile. »

Questo processo verbale, come testè osservammo, sembra dunque destinato a surrogare l'atto di morte, circa l'apertura della successione (*ved.* il nostro tomo I, *n.* 308).

Ed abbiamo affermato altresì che si era di accordo con moltissimo fondamento ad applicare le disposizioni di detto decreto a tutti gli altri avvenimenti dello stesso genere.

Del resto è manifesto che tutti gli altri modi di pruova, la pruova per testimonii o le presunzioni, sarebbero egualmente ammessibili, in caso simigliante, ad obbietto di stabilire il fatto della morte,di cui sia tornato impossibile procacciarsi una pruova scritta o regolare (confr. decis.C.di Caen 24 feb. 1843, Laga, *Rac. di Caen*, t. VII, p. 629, ed il nostro tomo I, n. 17).

90. — L'assenza prolungata sin dopo la immessione in possesso diffinitivo non debbesi forseassimigliare altresì alla pruova della morte ? e conseguentemente non constituisce forse una causa di apertura della successione ?

È questa la dottrina professata da Delvincourt, il quale insegna che le successioni aprónsi per la morte, sia naturale, *sia presunta, in caso di assenza* (t. I, p. 12, nota 3.; confr. eziandio Pothier *delle succes.* , cap. III, sez I, § 1, ed Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 37.)

Ma tal dottrina ci pare ad un tempo contraria, sia a' testi medesimi della legge la quale , nell' art. 718-638 dichiara aperta la successione per la morte naturale, e nell' art. 130-136 aveva disposto che eziandio in caso di as-

senza la successione resterà aperta *dal giorno della morte verificata*; sia a' principii generali in materia di assensa, in cui abbiamo scorto immessione in possesso ed immesso in possesso provvisorio o diffinitivo, ma non mai unn successione, nè eredi. Di fatti l'assenza, sia qualunque il suo prolungamento, costituisce sempre, nel sistema del Codice Napoleone, uno stato d'incertezza, il quale non equivale menomamente alla pruova della morte (confr. il nostro tomo I, n. 151, 154 o 191; Toullier, t. II, n. 73; Duranton, t. VI, n. 39; Demante, t. III, n. 17 *bis.*)

Relativamente all'assenza de' militari, dobbiamo riferirci alle regole per noi già esposto (nel nostro tomo I, n. 127 e seg.: confr. pure arresto C. cass. 18 marzo 1846, Loyer, Dev., 1846, I, 325.)

91. — 2.º Relativamente alla pruova del giorno ed eziandio del momento preciso ed esatto della morte del *de cujus*, non avrà, nei casi ordinarii, molta importanza, qualora, come per lo più accade, coloro che debbono succedere, sieno esistiti abbastanza lungo tempo prima ed abbastanza lungo tempo dopo la morte del *de cujus*, per acquistare la certezza che essi esistevano nell'istante medesimo della morte.

Ma potrebbe altresì diversamente accadere, e la quistione in qual giorno, o in qual momento preciso e matematico, sia avvenuta la morte, addivenire una quistione di decisiva importanza intorno a' diritti de' diversi pretendenti.

Dunque come mai potrà farsi tal pruova?

È da riflettere che l'art. 79 — 84, il quale determina le menzioni che l'atto di morte debbe contenere, si tace circa il giorno e l'ora della morte: ed abbiamo osservato di già che, se il legislatore non ha richiesto che l'atto di morte contenesse la menzione medesima, ha ciò praticato a bello studio, a cagione precisamente della sua estrema importanza intorno a' dritti degl'interessati. Egli non avrà voluto far dipendere la sorte di tali diritti dalle dichiarazioni di persone per lo più prive di qualità all'obbietto, le quali, anche nella maggior buona fede, avrebbero potuto ingannarsi, (tanto è malagevole, quasi sempre, precisare rigorosamente il momento in cui cessa la vita!), le quali potrebbero eziandio talvolta voler favorire gli uni in detrimento degli altri, e le cui dichiarazioni altronde non potrebbero andar sommesse ad alcuna attuale verificazione, a veruna immediata disamina (*ved.* il nostro tomo I, n. 304).

E conseguentemente è da stabilire il seguente dilemma:

O l'atto di morte non contiene la menzione, sia del giorno, sia dell'ora, ed in tal caso la pruova potrà farsi per tutte le vie, per mezzo di testimoni, mercè presunzioni; e di fatti in più circostanze può accadere che lo stesso uffiziale dello stato civile, il quale voglia farlo, non possa indicar l'ora, nè il giorno della morte, come per esempio, in caso di suicidio, quando trovisi il cadavere solo più giorni dopo la morte, o in ogni altro accidente simigliante, di omicidio o di caso fortuito, in cui è ignoto a qual giorno risalga la morte nel momento dello scoprimento del cadavere (*supra*, numero 88).

Avverrà *a fortiori* lo stesso, quando non sarà stato possibile distendere un atto di morte *de visu*, come in caso di scoscendimento d'una miniera o d'incendio, se i cadaveri non si fossero affatto rinvenuti; i processi verbali distesi dovranno allora prendersi in considerazione (*supra*, n. 88).

O l'atto di morte disteso enuncia il giorno e l'ora; ed in tal caso sarà una semplice indicazione, che potrà fuori dubbio molto giovare a coloro i quali avranno interesse a prevalersene, ma che potrebbe venire oppugnata, senza il mezzo dell'iscrizione in falso e mercè ogni specie di pruova, da coloro per contrario i quali avessero interesse a combatterla. Tanto precisamente dimostrammo (nel nostro tomo I, n. 304; agg. Duranton, t. VI, n. 42).

92.—3°. Da ultimo, abbiam detto, è uopo che coloro i quali reclamano la eredità dimostrino la esistenza o almeno il concepimento; nel momento della morte del *de cujus*, di colui che pretendesi essergli succeduto (*supra*, n. 87).

Noi bentosto spiegheremo in qual modo potrassi dimostrare che chi pretendesi succeduto trovavasi già concepito nel momento della morte quando sia nato semplicemente dopo la morte.

Abbiamo qui ad investigare come potrassi dimostrare la sua sopravvivenza, quando esisteva prima della morte.

Non incontrerassi difficoltà ne' casi ordinari, quando, come per lo più accade, chi venga chiamato dalla legge a succedere, spontaneamente si presenti, o quando sia trapassato abbastanza lungo tempo dopo il *de cujus*, qualora sia notorio ed indubitato essergli sopravvissuto.

Ma per contrario la quistione di sopravvi-

venza può divenire infinitamente grave e delicata nel caso in cui chi venisse chiamato a succedere fosse morto nello stesso giorno e pressochè nello stesso momento del *de cujus*, o più generalmente in tutti i casi in cui l'ordine successivo de' trappassati non siasi comprovato e resti incerto.

E così giungiamo alla tesi celebre da lungo tempo nel diritto civile, a quella de' *commorientes*, val dire alla ipotesi in cui più persone, delle quali una veniva chiamata a succedere all'altra, o che erano chiamate a succedersi reciprocamente, sieno morte per lo stesso infortunio: *de duobus pariter mortuis*.

93.—I romani giureconsulti spesso occuparonsi de' *commorientes*, sia in materia di successione legittima o testamentaria, sia segnatamente in occasione delle sostituzioni fedecommessarie, delle donazioni fra coniugi, ed altre ipotesi analoghe (confr. principalmente L. 8, 9, 16, § 1, 17, 18, 22 e 23, ff. *de reb. dubiis;* L. 17, § 7 e 34, ff. *ad senatusc. Trebell.;* L. 34 e 42, ff. *de vulgar et pup subst.;* L. 26 ff de pact. dotal: L. 26 ff. de mort. causa donat.; L. 32, § 14, ff. *de donat. inter vir. et ux.*)

Ma sarebbe a desiderare ne' loro scritti un compiuto sistema su tal materia: si scorge semplicemente che in caso di morte, in una comune sventura, del figlio e del padre o della madre, *cum explorari non possit uter prior extinctus sit*, il figlio presumevasi sopravvissuto, se fosse pubere, mentre il padre o la madre presumevasi per contrario sopravvissuto al figliuolo impubere. Tal'è l'unica presunzione che i Romani sembrano avere ammessa; la qual cosa fece dire a Cujacio, sotto il titolo *de rebus dubiis*: *conclusio: duobus pariter mortuis, non videtur alter alteri supervixisse; excipiuntur parentes et liberi*. La ragione si è che la quistione di sopravvivenza, in materia di eredità, non aveva appo i Romani la importanza che essa offre oggidì nel nostro diritto; avvegnachè, ad eccezione degli eredi necessarî, la eredità, eziandio deferita all'erede superstite, *extraneus*, sia testamentaria, sia legittima, non era, sol per ciò, trasmessibile a' proprî eredi, acquistandosi da lui mercè l'adizione, che doveva farne (conf. Inst. *de hæred. qual. et differ.*, § 3, e *de hæredit, quæ ab intes. defer.*)

Tal quistione di sopravvivenza era per contrario della più alta importanza nelle nostre antiche provincie francesi, dove osservavasi la massima, che tantosto ci facemo ad esporre, il *morto impossessa il vivo*. Nulladimeno il nostro antico diritto neppur ci offre, intorno a questo subbietto, uno stabile sistema: le regole osservate in tali specie di affari erano per contrario incertissime; ed esse altronde non avevano alcun carattere obbligatorio pel magistrato, il quale attenevasi al fatto, avuto riguardo alle circostanze, uniformandosi alla equità anzichè al diritto. Nondimeno pare che si era di accordo nel mantenere la presunzione di sopravvivenza sancita dal diritto romano pel caso in cui il figlio, pubere o impubere, perisse per lo stesso avvenimento onde perì il suo autore; e tal presunzione ancora, circoscritta entro questo limite, non veniva generalmente ammessa (confr. decis. C. di Rennes 17 aprile 1821, Bastard, Dev. e Carr., *collez. nuova*, 6, 2, 406; Pothier, *delle Successioni*, cap. III, sez. 1, § 1; Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 38; Lebrun, *delle Success.*, lib 1, sez. XIII; Dupineau, *Quist. e consult.*, cap. IX, p. 696; Duparc-Poullain, *Princ. del diritto*, t. IV, pag. 30).

94.—Dunque gli autori del Codice Napoleone furono i primi a stabilire su questa tesi de' *commorientes* un complesso di presunzioni di sopravvivenza: egli no al certo ampliarono la sfera delle antiche presunzioni; ma dimostreremo che lo stesso loro sistema va circoscritto in determinati limiti abbastanza angusti, da cui non potrebbesi farlo uscire senza trasgredire tutti i principî.

Innanzi tratto gli art. 720, 721 e 722—641, 642 e 643, i quali formano, nel nostro capitolo, la sede della subbietta materia, dispongono:

Articolo 720: « Se più persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra, periscono per uno stesso infortunio « senza che si possa scoprire quale fra di esse è premorta, la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto, ed in loro mancanza, dalla robustezza dell'età o del sesso.

Articolo 721: « Se coloro che perirono insieme avevano meno di anni quindici, si « presume che sia sopravvissuto il più avanzato in età.

« Se erano tutti maggiori di sessanta anni, si presumerà che sia sopravvissuto il « men vecchio fra essi.

« Se gli uni avevano meno di quindici anni, e gli altri più di sessanta, si presumerà « che sieno sopravvissuti i primi.

Articolo 722: « Se coloro che perirono insieme avevano compita l'età di anni quindici e non oltrepassavano quella de'sessanta, quando vi sia eguaglianza di età, o quando la differenza non ecceda un anno, si presumerà sempre che sia sopravvissuto il maschio.

« Se essi erano dello stesso sesso, la presunzione di sopravvivenza che dà luogo all'apertura della successione, deve ammettersi secondo l'ordine naturale, e quindi il più giovine si presume sopravvissuto al più vecchio. »

Primieramente importa determinare la ipotesi contemplata da' predetti articoli, e la soluzione che essi vi applicano.

Poscia disamineremo se la soluzione medesima possa applicarsi ad altre ipotesi, ancorchè quella contemplata trovisi risoluta dai testi in esame.

95. — Ed innanzi tutto il caso positivamente contemplato dagli artic. 720 a 722 è quello in cui due persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra sien perite per lo stesso infortunio, *vel naufragio, vel ruina, vel adgressu, vel quo alio modo simul* (L. 17 , § VII , ff *ad senatusc. Trebell.*)

Cosi suppongasi Primo e Secondo, fratelli uterini, val dire nati dalla stessa madre, ma da padre diverso, non aventi ambedue alcun discendente nè ascendente: essi son chiamati a succedersi reciprocamente (art. 752 e seg.); e ciò che è uopo riflettere si è che, se hanno gli stessi parenti materni, ciascuno di essi ha parenti paterni diversi (art. 733).

Essi periscono per lo stesso infortunio.

Se sia sopravvissuto Primo a Secondo, egli ha conseguito la totalità della credità; e l'ha trasmessa con la sua eredità a'suoi parenti paterni e materni : or, siccome i parenti paterni di Secondo sono estranei a Primo, nulla assolutamente conseguiranno dell'una e dell'altra eredità (art. 733). Viceversa, se per contrario Secondo sia sopravvisuto a Primo, i parenti paterni di Primo estranei a Secondo neppure avranno nulla a conseguire.

Avverrebbe ezlandio lo stesso, se Primo e Secondo, in vece di essere fratelli uterini, fossero fratelli consanguinei, cioè nati dallo stesso padre, ma da madre diversa ; ovvero se fossero cugini germani paterni o materni , o cugini in grado più remoto, nel caso in cui , non avendo ascendenti ne' discendenti, nè collaterali più prossimi, si trovassero scambiovolmente eredi presuntivi l'uno d l'altro.

Similmente si avvererà la ipotesi conte plata dagli articoli in esame, ove suppong che Primo, avendo per eredi presuntivi padre ed un fratello uterino, sia morto padre per lo stesso infortunio. Forse è sopr vissuto a Primo? egli ha conseguito tutta la e dità del padre (art. 745—667 ; e l'ha trasm sa con la sua al fratello uterino (art. 75 Forse per contrario il padre è sopravvissut figlio? egli ha conseguito un quarto della co eredità ; e tal quarto, confuso nella propria e dità, verrà conseguito, come gli altri beni su da' suoi eredi (art. 748, 749, 751—674

Abbiamo sempre messo in iscena due p sone rispettivamente chiamate a succeder ma è manifesto che i predetti art. 720 a 7 applicansi a tutti i casi in cui *più perso* qualunque siane conseguentemente il nu ro, rispettivamente chiamate alla successi l'una dell'altra, sien perite per lo stesso inf tunio, sia che tutte quelle persone foss senza distinzione rispettivamente chiamat succedersi le une alle altre, sia che la cl mata fosse reciproca fra alcune soltanto quelle perite insieme (nel qual caso le p sunzioni legali di sopravvivenza, come t tosto dimostreremo, saranno applicabili s fra queste ultime).

Cosi suppongasi che un padre e quattro gli, nessuno de' quali avesse figli, perisce nello stesso infortunio: ci troveremmo, guardo a queste cinque persone, ne' term degli articoli in esame; dappoichè erano t to cinque rispettivamente eredi l'una dell' tra. E queste cinque successioni, dopo ess si successivamente confuse le une nelle alt secondo l'ordine de'diversi decessi, former no finalmente insieme una successione nica, deferita esclusivamente a'parenti di c in conformità degli articoli in disamina, v rà risguardato essere sopravvisuto a tutti altri.

Ma se uno o più de'figliuoli avessero fi la scambievole successibilità sarebbe esist solo fra il padre e que'suoi figli che non av sero prole.

Son queste le ipotesi contemplate dagli ticoli in esame.

96.—Ed ora, per risolvere in tali ipote la quistione di sopravvivenza, gli art. 72 722 sanciscono, in ordine graduale, e su diariamente gli uni agli altri, tre generi pruova:

1° La pruova diretta e positiva dolle premorienze è delle sopravvivenze;

2°. Le presunzioni che possonsi dedurre dai magistrati dalle circostaoze di fatto;

3°. Le presunzioni dedotte dalla legge medesima, dalla vigoria della età o del sesso.

I due primi modi di pruova soao, come dimostreremo, l'applicazione del dritto comune.

E'a dire diversamente del terzo, il quale consiste in una presunzioae meramente legale.

Ne ragioneremo successivamente.

97.—1°. Primieramente, a norma dell'articolo 720, è uopo *investigare fra le persone* (*commorientes*) *quale è premorta*.

Et si quidem possit apparere, diceva Ulpiano in una ipotesi analoga, *quis ante spiritum posuit, expedita quæstio est* ... (L. 32, § 14, ff. *de donat. inter vir. et ux.*)

Ciascun di coloro i quali pretendono essere il suo autore soppravvissuto può dunque somministrarne la pruova diretta e positiva.

E siccome trattasi qui di un fatto di cui gli interessati non han potuto procacciarsi una pruova scritturale, così la pruova può farsi non solo co'processi verbali distesi,o con altri documenti qualsivogliano, ma aacora mercè deposizioni di testimoni che dichiarassero di fatti una delle persone essere tuttora vivente, mentre l'altra era già perita (articolo 1341, 1348—1295, 1302.). Altronde appartiene ai magistrati, in questo come in tutti i casi simili, il valutare in fatto il carattere di queste specie di pruove, e segnatamente il grado di sincerità e di autorità offerto, sia dai documenti prodotti, sia da'testimoni esaminati.

98.—2°. In mancanza di pruova diretta e positiva dell'ordine de'decessi, l'art. 720 ammette la pruova indiretta e per via d'illazione, e di pone che *la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto.*

Val dire che la legge permette al magistrato statuire secondo le presunzioni le quali, a norma dell'art. 135. — 1307, sono lasciate alla dottrina ed alla prudenza del magistrato, ed attingere gli elementi del suo giudizio nelle speciali circostanze del caso avvenuto.

Questo secondo modo di pruova è pure la applicazione del diritto comune: di fatti abbiamo osservato che la pruova testimoniale dell'ordine de'decessi è ammissibile, pel motivo che gl'interessati non han potuto procacciarsene uaa pruova scritturale (*supra*,n. 97): or precisamente le presunzioni lasciate alla saggezza de'magistrati vengono ammesse altresì nei casi in cui la legge ammette le pruove testimoniali (art. 1353).

A cagion di esempio i *commorientes* son periti insieme nello incendio di una casa, che ha cominciato dal piano superiore; ed un di essi abitava il piano medesimo, mentre l'altro trovavasi a pian terreno: si potrà presumere che costui sia sopravvissuto.

Se sieno periti in una inondazione, allora presumerebbesi che chi abitava il pian terreno sia stato il primo a perire, anzichè chi trovavasi in un piano superiore nel momento della invasione delle acque.

In una battaglia (quando sia indubitato per altro; come supponiamo sempre in tali diverse ipotesi, che tutte le persone *de quorum* sieno effettivamente perite), quegli che trovavasi alla vanguardia potrà presumersi essere stato ucciso prima di chi trovavasi alla retroguardia; perocchè la opposta presunzione sarebbe per contrario più verosimile nella ritirata (confr. Delvincourt, t. II, p. 12, nota 5; Toullier e Duvergier, tom. II, num. 77, nota *a*).

Ovvero, in un naufragio o nella rovina di un edifizio, si potrà presumere che chi fu l'ultimo ad esser veduto sia sopravvissuto all'altro, dappoichè sarà indubitato che esisteva ancora nel momento in cui era incerto se l'altro fosse già cessato di vivere; e questo elemento di valutazioae dovrassi prendere, in tutte le specie d'infortunl, in somma considerazione.

Si potrebbero ancora addurre altri esempi: così un tempo, nella celebre causa della Bobè, figliuola di Dumoulin, uccisa da' ladri con due fanciulli, uno di 22 mesi, l'altro di 8 anni, si presumette, dice Pothier, che questi figliuoli fossero sopravvissuti alla madre, dappoichè era interesse de' ladri uccidere la madre prima de' figliuoli, i quali non erano in età di resister loro (Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 38, e *delle Success.*, capitolo III, sez. 1, § 1; Lebrun, *delle Success.*, lib. 1, cap. I. sez. 1, n. 47).

Altronde son queste, come ben si ravvisa, eminentemente quistioni di fatto, la cui soluzione dipende dalle circostanze che possono variare allo infinito in ogni specie, e la cui gravezza può essere, secondo i casi, più o meno indebolita o corroborata da' caratteri particolari dello avvenimento.

99. — Non pertanto puossi dimandare, in diritto, se i magistrati, in questa specie di quistioni, possano aver riguardi allo stato di sa-

lute o di malattia, o alla maggiore o minore robustezza di complessione di coloro che perirono insieme.

Il dubbio nasce dal perchè l'artic. 720, dichiarando che la presunzione di sopravvivenza verrà determinata *dalle circostanze di fatto*, parrebbe riferirsi, con tale espressione, alle circostanze esteriori onde lo avvenimento medesimo si è prodotto o sviluppato. A cagion di esempio, il fanciullo di un anno non è forse in generale più debole di un uomo di sessanta? e nondimeno, presumendo la legge, in simil caso, essere sopravvissuto il fanciullo, è manifesto che non potrebbesi presumere la sopravvivenza del più anziano (conf. Chabot sull' artic. 721, n. 5; Vazeille, art. 721, n. 1; Marcadé, art. 721, n. 4; Massé e Vergé, t. II, p, 238; D. *rac. alf.* (nuova ediz.), t. LXI, v° *Succes.*, n. 49).

Nondimeno questa interpetrazione ci pare nel tempo stesso contraria al testo ed allo spirito della legge.

La espressione *le circostanze di fatto* è generica; ed applicasi quindi non solo alle circostanze esteriori dello stesso infortunio, ma eziandio alle circostanze particolari e relative, in cui trovavasi personalmente, nel comune pericolo, ciascuna delle persone sottopostevi. A cagion di esempio in un naufragio o inondazione, se una di esse sapesse perfettamente nuotare, e per l'opposto l'altra menomamente, sarebbe mai ragionevole non potersi avere alcuni riguardo ad una circostanza cotanto grave? Or, se puossi aver riguardo a'mezzi particolari di difesa e di lotta che ciascuno de'*commorientes* aveva a sua disposizione, come mai non potrebbesi avere alcun riguardo, sia allo stato di salute, di malattia o infermità, sia alla vigoria o debolezza della fisica organizzazione di ciascun di essi, sia pure alla professione loro ed alle loro rispettive abitudini? Forse non sono questi, in primo luogo, mezzi particolari e relativi, che han potuto permettere ad uno di prolungare la lotta più lungo tempo dell'altro? Oh! indubitamente, quando invocasi unicamente la vigoria della età o del sesso, è uopo sottoporsi alle presunzioni legali stabilite dagli art. 721 e 722; ma tale non è la nostra ipotesi: per contrario supponiamo che i magistrati si determinino in fatto per presunzioni che la loro dottrina e la lor prudenza desumono, a norma dell'art. 1353 1307, dalla particolar situazione di ciascuno de' *commorientes*: or la legge non ha dichiarato che la differenza nella rispettiva situazione *de'commorienti* potrebbe risultare unicamente dall'età o dal sesso: essa non avrebbe potuto ragionevolmente dichiararlo: dunque, quante volte si deduce questa differenza da altri elementi, come quelli dello stato di salute o di malattia, o di fisica costituzione, ci troviamo ne'termini dell'art. 720, il quale ammette tutte le presunzioni desunte *dalle circostanze del fatto*, senza violare altronde gli art. 721 e 722, i quali occupansi esclusivamente della differenza di età o di sesso.

Ed è tanto più ragionevole lo ammettere le presunzioni che possono emergere dalle differenze di salute o di fisica costituzione, in quanto che se le diverse presunzioni da noi esposte negli esempi testè addotti (n. 98) suppongono che i *commorenti* sieno stati colpiti dallo infortunio successivamente e l'uno dopo l'altro, può avvenire altresì che la causa di distruzione cui sono succumbuti, gli abbia per contrario simultaneamente colpiti, come quando nello incendio di una casa, abitassero tutti lo stesso piano, o si trovassero parimente alla vanguardia in un combattimento: sopratutto in queste specie d'ipotesi le presunzioni desunte dalla particolar situazione di ciascun di essi potrebbe avere importanza, salvo però a' magistrati il valutarli diversamente, secondo le diverse specie (confr, Delvincourt, t. II, p. 12, nota 5; Toullier, t. II, n. 77; Duranton, t. VI, n. 51: Demante, t. III, n. 22 bis. VI.).

100. — 3.° Finalmente, se non puossi somministrare la pruova diretta, nè indiretta della sopravvivenza, la legge stabilisce sussidiariamente un ordine di presunzioni fondate su la vigoria della età o del sesso.

Gli art. 721 e 722 dividono all' obbietto la vita umana in tre epoche: la prima e l'ultima rappresentano le due età della debolezza; e l'epoca intermedia l'epoca della forza.

Così: A. Sino all'età di quindici anni, l'uomo è in uno stato di debolezza; ma questa debolezza va sempre diminuendo e progredisce verso la forza: dal che sorge la conseguenza che, se coloro i quali perirono insieme avessero meno di quindici anni, il più anziano, dovendo essere il più forte, si presumerà sopravvissuto;

B. A principiare dalla età di sessanta anni la debolezza dell' uomo per contrario va sempre crescendo; e conseguentemente, se coloro che perirono insieme erano tutti in età maggiore di sessanta anni, il meno anziano, dovendo essere il più robusto, si presumerà sopravvissuto;

C. Nella età intermedia da quindici anni compiuti a sessanta non compiuti, l'uomo si considera come nella pienezza della forza; epperò, se coloro che perirono insieme appartenevano tutti a questa categoria, siccome potevano esser tutti della stessa forza, così la legge prende le mosse dalla differenza del sesso; e statuisce che se fossero di sesso diverso, il maschio, essendo in generale il più robusto, si presume essere sopravvissuto, quando siavi eguaglianza di età; o se la differenza esistente non ecceda un anno. Ma se fossero dello stesso sesso, non eravi più, a dir vero, allora ragion decisiva per presumere la sopravvivenza, sia del più giovane, sia del più avanzato di età, dappoichè le forze erano eguali: nondimeno l'art. 722 dichiara che il più giovane si presumerà sopravvissuto al più vecchio, indubitatamente pel motivo che l'ordine della natura prometteva di fatti al più giovane una più lunga vita: ma non potrebbesi negare che questa ultima presunzione non è tanto ragionevole quanto le due altre (infra n. 114).

È importante l'osservare che la legge ha riguardo alla differenza del sesso soltanto in questo periodo intermedio, cioè fra persone tutte in età di più di quindici anni e meno di sessanta (confr art. 721, 722). Tranne questa ipotesi, ed in tutte le altre combinazioni, la presunzione di sopravvivenza si deduce sempre unicamente dalla diversità di età, eziandio fra persone di sesso diverso.

101. — Abbiamo sempre supposto finora che i *commorientes* appartenevano tutti allo stesso periodo.

Ma può avvenire che gli uni si trovino nel primo, mentre gli altri facciano parte, sia del secondo, sia del terzo.

La legge ha contemplato, all'obbietto, un solo caso, cioè quello in cui alcuni avessero meno di quindici anni, e gli altri più di sessanta; ed essa dichiara presumersi i primi esser sopravvissuti. Dunque non solo il giovane o la giovane di quattordici anni si presume sopravvissuto al vecchio di settanta anni; ma eziandio il fancillo di un mese o di un giorno all'uomo di sessanta anni ed un mese o un giorno! È uopo convenire che in questo ultimo esempio la presunzione legale può non sembrare in armonia alla natura ed alla verità, nè al sistema generale della legge, la quale prende per base delle sue presunzioni la vigoria della età, ma quasi sempre lo inevitabile scoglio delle presunzioni che statuiscono in massa sopra fatti generali produce talune applicazioni le quali difficilmente possonsi giustificare. Ciò che puossi sostenere si è che in simigliante ipotesi, se avvenisse, i magistrati potrebbero attenersi anche più strettamente, come ne han diritto, alla circostanza della specie, per risolvere in fatto la quistione di sopravvivenza (*supra*, n. 98, 99).

102. — Rimangono due combinazioni che gli articoli in esame non hanno esplicitamente contemplate, ma cui applicansi, come si osserverà, implicitamente ed anche *a fortiori*.

Puossi supporre che fra'*commorientes*:

1.° Alcuni erano in età minore di quindici anni e gli altri in età maggiore di quindici e meno di sessanta;

2.° Che alcuni avevano più di quindici anni e meno di sessanta, mentre gli altri ne avevano più di sessanta.

È manifesto che in entrambe le ipotesi lo individuo in età maggiore di quindici anni e minore di sessanta si presumerà sopravvissuto, sia nella prima ipotesi, a chi aveva meno di quindici anni, sia, nella seconda, a chi ne aveva più di sessanta: dappoichè il periodo intermedio è quello della robustezza: ed i due periodi estremi son quelli della debolezza: or l'uomo, nella pienezza della forza, dovrà al certo presumersi sopravvissuto, sia al fanciullo, sia al vecchio. È tanto virtualmente risulta dagli art. 721 e 722; dappoichè da un lato l'art. 721, dichiarando che se fra'*commorientes* alcuni avessero meno di quindici anni e gli altri *più di sessanta*, i primi si presumeranno sopravvissuti, dimostra che coloro i quali avessero meno di quindici anni non si presumerebbero per contrario sopravvissuti, se gli altri avessero *meno di sessanta anni*, e d'altro lato l'art. 722, dichiarando che se i *commorientes* avessero tutti quindici anni compiuti e *meno di sessanta*, il maschio debbasi presumere sopravvissuto, in età eguale, o se la differenza non ecceda un anno, ed il più giovane al più vecchio, se sieno del sesso medesimo, dimostra che chi avesse più di quindici anni e meno di sessanta presumerebbesi sempre sopravvissuto, senza verun riguardo alla differenza di sesso, se gli altri avessero *più di sessanta anni* (confr. Delvincourt, t. II, p. 13, note 1 e 2; Toullier, t. III, n. 74; Duranton, t. VI, n. 43; Marcadé, art. 720, n. 2; Demante, t. III, n. 20).

103. — Tali sono le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 721 e 722.

È uopo aggiugnervi una legge speciale del 20 pratile anno IV così concepita.

« Quando, ascendenti, discendenti ed altre « persone, che si succedano di diritto, saranno « stati condannati all' ultimo supplizio, e, « giustiziati nella stessa esecuzione, diviene « impossibile comprovare la loro premorienza, « il più giovane de' condannati si presumerà « sopravvissuto. »

È da convenire che questa presunzione di sopravvivenza non è qui menomamente giustificata; avvegnacchè allora non trattasi di più persone impegnate in una lotta comune avverso la stessa causa di distensione; ed in realtà non evvi motivo di presumere che il più giovane, anzichè il più vecchio sia stato il primo a soggiacere alla pena capitale. Non evvi in ciò alcun fatto noto da cui si possa giugnere, per una verosimile illazione, ad un fatto ignoto della sopravvivenza(*ved.*art. 1349—1303); quindi Demante propone dire che il più giovane si *reputerà* (o non *presumerà*) morto l'ultimo (t. II, n. 22 *bis*, II). In tal caso il motivo di determinarsi procede ancora dalla stessa considerazione da cui mosse il secondo comma dell'art. 722,cioè che il più giovane, promettendogli l' età sua una più lunga esistenza, debbasi presumere sopravvissuto; ma tal considerazione non è al certo decisiva in simil caso (ved. *supra*, n. 400, ed *infra*, n. 414).

Che che ne sia,statuendo questa legge intorno ad un caso affatto speciale, che non ha formato l'obbietto di veruna altra disposizione legislativa, debbesi riguardare come sempre in vigore pel caso particolare da essa contemplata (*ved.* il nostro *t.* I, n. 425. 427).

Ed è uopo riflettere che, disponendo in modo assoluto che *il più giovane de' condannati si presumerà sopravvissuto*,essa non ha alcun riguardo alla differenza di sesso,nè alle categorie introdotte dagli art. 721 e 722.

404. — Sarà per altro necessario, per l'applicazione degli art. 721 e 722 (come pure della legge del 20 pratile anno IV) il conoscere esattamente la età delle diverse persone perite per lo stesso infortunio.

La pruova dell'età di ciascuna di esse si farà regolarmente mercè la esibizione degli atti di nascita (ved. il nostro t. I, n. 296);

Se questa specie di pruova non potesse conseguirsi, sia perchè non vi fossero registri dello stato civile in un comune o si fossero smarriti, sia perchè per un singolar caso i diversi atti esibiti indicassero le nascite sotto la stessa data, allora la pruova della età potrebbe farsi per tutte le vie possibile, per mezzo de'registri e carte domestiche e per mezzo di testimoni in condizione nondimeno che si trattasse provare la data della nascita e non vi fosse implicata alcuna quistione di filiazione, la quale rivocasse in dubbio le relazioni di parentela fra'*commorientes* (confr. art. 46,323—48,215; il nostro t. I, n. 324 e seg., ed il nostro t. III, n. 233 e seg., Demante, t III, n. 22 *bis*, VII.).

405.—Se due gemelli fossero periti insieme per lo stesso infortunio, la distinzione delle età troverebbesi pur determinata dagli atti di nascita,ove indicassero, come debbesi praticare in caso simigliante, quello che fu il primo ad uscire dal seno della madre. Di fatti il più anziano, il *primogenito* è quello che fu il primo a nascere, *ante natus*,ed il più giovane,il *secondogenito*,quello che fu l'ultimo a nascere, *quod postea nascitur*. Debbesi tanto più tener dietro a questa regola in quanto che le nascite, lungi dallo aver luogo simultaneamente, *uno impetu*, come diceva Trifonino (*infra*), vanno sempre distinte per intervalli talvolta eziandio per abbastanza lungo tempo. Dunque tornerebbe sommamente inutile lo imprendere ad investigare la misteriosa epoca del concepimento; dappoichè la età principia a computarsi non dalla data,impossibile a conoscersi, del concepimento,ma dalla data precisa ed indubitata della nascita. « Avventate presunzioni, dicono gli autori del *Nuovo Denizart*, han fatto credere a taluni naturalisti che chi fu l'ultimo a nascere fu il primo ad esser concepito:ma si ravvisò il pericolo e la incertezza di questa opinione...» (v. *Primogenitura*, § 5, n. 1: *ved.* il nostro t. I, n. 296; L. 15 e 16, ff. *de statu hominum*:Pothier, *della Success.*,cap.II, sez. I,art.2, § 1:ed Introd. al tit. *de'Feudi*, della cons. di Orleans, n. 295; Lebrun, *delle Success.*,lib.II,cap.II,sez.I, n. 9.).

Qualora gli atti dello stato civile non indicassero l'ordine delle nascite,*ut ordine incerto nascentium non appareat* (Trifonino *supra*), potrebbe farsene la pruova per tutte le vie, per la regola doversi ammettere la pruova testimoniale e le presunzioni,qualora gl'interessati non abbiano potuto procacciarsi alcuna pruova scritturale. « Debbesi tener dietro intorno a ciò, diceva Lebrun (*loc. supra cit.*, alla testimonianza de'parenti, sia espressa, sia tacita, quando uno de' due gemelli sia stato sempre nella famiglia in possesso della qualità di primogenito: puossi altresì, intorno a questo fatto,ricorrere alla testimonianza degli ostetrici, de'guarda donne, ed altre simili persone. »

L'ordine della scrittura nell' atto di nascita sarebbe pure un elemento di pruova, il quale potrebbe avvalorare gli altri documenti offerti dalla causa (confr. decis. C. di Caen 17 ag. 1843. Laquesne, *Rac. di Caen*, t. VII, p.425; Duranton, t. V, n. 52; Demante, t. III, n. 22 *bis*, VIII).

Finalmente, qualora fosse impossibile conoscere, in qualsiasi modo, l'ordine delle nascite fra'gemelli, si dovrà, se sieno di sesso diverso, presumere che il maschio sia sopravvissuto, quando sieno di età maggiore di quindici anni e minore di sessanta (art. 722, 1.° comma).

Ma, se fossero del medesimo sesso, ovvero, qualora fossero di sesso diverso, se fossero di età minore di quindici anni o maggiore di sessanta non sarebbesi più in alcuno de' casi di presunzione contemplati dagli articoli in esame (ved *infra*; n. 115).

Se non che facciamo riflettere, qualora i due gemelli fossero di età minore di quindici, anni, la quistione di sopravvivenza non offrirà alcun interesse: dappoichè, da una parte, i due fratelli o sorelle, avendo allora di necessità gli stessi genitori, avranno di necessità eziandio da ciascun lato i medesimi eredi, e d'altra parte, nè l'uno nè l'altro, in questa età, potrà lasciare (almeno per lo più), alcun figliuolo (art. 144—152) o legatario(art. 903,904 — 819, 820).

106. — Possi di leggieri affermare che le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 721 e 722 (al pari della presunzione stabilita dalla legge del 20 pratile anno IV), sono applicabili a' successori irregolari non che a' successori regolari o eredi legittimi; essendo chiamati alla successione (art. 711, 757, 765— 632 674, 680); ed essi trovansi quindi ne' termini degli articoli 720 a 722.

107. — Poco monta altresì, quando i *commorientes* fossero rispettivamente eredi gli uni dagli altri, che i diritti loro, nelle loro reciproche successioni, fossero simili o diversi, che uno, per esempio, fosse erede presuntivo dell'altro, per metà; e questo, erede presuntivo del primo per un quarto soltanto.

E neppur monta che fossero in grado eguali o ineguali per riguardo al comune autore.

I testi in esame richieggono la reciprocanza della chiamata ereditaria, e menomamente la rispettiva eguaglianza de' diritti successori, o de'gradi di parentela.

108. — È da por mente pure che. quando le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 721 e 722 sieno applicabili, e conseguentemente uno de'*commorientes* sia presunto, a norma di tali articoli, essere sopravvissuto all'altro, il vantaggio emergente da tal presunzione giova a tutti coloro i quali han diritti da sperimentare nella eredità del superstite; nel senso che questa successione trovasi accresciuta, nello interesse di tutti gli aventi diritto dalla eredità, o dalle eredità conseguite dal superstite e confusa con la sua.

Adunque le presunzioni di sopravvivenza possonsi invocare, sotto questo rapporto, cioè dal lato dal superstite; non solo da' suoi eredi o successori intestati, ma da' suoi creditori, da'suoi legatari a titolo universale o a titolo particolare, da' suoi donatari di beni futuri, in somma da chiunque avesse diritti subordinati alla condizione della sua morte.

Relativamente alla quistione se tali presunzioni di sopravvivenza potessero invocarsi dal legatario universale del superstite, qualora costui non avesse lasciato eredi riservatari, è dessa più malagevole a risolvere: e tantosto ci occuperemo del suo scioglimento (*infra*, n. 116.).

Ma, circa tutti gli altri interessati, indubitatamente possono, da parte del superstite, prevalersi delle presunzioni stabilite dagli art. 721 e 722, qualora sieno applicabili. Ciò non è affatto estenderne l' applicazione a casi non contemplati dalla legge, sì bene semplicemente riconoscere gli effetti ne'casi da essa contemplati (confr. Toullier, t. III, n. 78; Duranton, t. V, n. 47; Marcadé, art.720, n. 6; Ducaurroy, Bonnier a Roustaing, t. II, n. 403).

109. — Ed ora le presunzioni fermate dagli art. 721 e 722 possono forse applicarsi ad ipotesi diverse da quella contemplata da questi articoli?

Tal è la seconda quistione da risolvere (*supra*, n. 94); ed essa non è la meno difficile a sciogliere.

Siffatta quistione può sorgere, sia in materia di successione intestata, sia in materia di liberalità testamentarie o contrattuali:

A. In materia di successione intestata, dimandasi se le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 721 e 722 sieno applicabili :

1.° Al caso in cui i *commorientes* non fossero chiamati *rispettivamente* alla successione l'uno dell'altro, ma in cui uno di essi soltanto fosse erede presuntivo dell' altro senza reciprocanza(*infra*, n. 112, 113);

2.° Al caso in cui i *commorientes*, eredi presuntivi rispettivamente l' uno dell' altro, fossero periti per diversi infortuni: al caso in cui si fossero rinvenuti i loro cadaveri nella stessa camera o in luoghi diversi,senza essere possibile determinare l'ordine de'decessi (*infra*, n. 114);

3.° Al caso in cui i *commorientes* trovandosi rispettivamente chiamati alla successione l'uno dell'altro, tornerebbe impossibile determinare, fra essi, la data delle nascite, e conseguentemente la differenza delle età (*infra*: n. 115);

4.° Al caso in cui trovandosi i *commorientes* rispettivamente chiamati alla successione l'un dell'altro, uno di essi, non avente erede riservatario, avesse instituito un legatario universale (*infra*. n. 116).

B. In materia di liberalità testamentario o contrattuali:dimandasi se le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 72 e 722 sieno applicabili:

1° Fra il testatore ed il legatario periti per effetto dello stesso infortunio;

2.°Fra due individui,i quali si fossero scambievolmente instituiti legatari universali l' un dell'altro, sopratutto se non lasciano eredi riservatari;

3.° Fra il donante ed il donatario di beni futuri;

4.° Fra due coniugi,un de'quali avesse fatto all'altro, o i quali si avessero fatto reciprocamente. sia per contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, vantaggi o lucri di sopravvivenza o avessero patteggiato una precapienza o la totalità della comunione a pro del superstite o di uno di essi, ec.;

5.° Fra il gravato di sostituzione ed il sostituito o chiamato;

6.° Fra il donatario di beni presenti ed il donante che avesse patteggiato il diritto di ritorno pel caso di premorienza del donatario (*infra*, n. 117; ed il nostro t. I, n. 200).

È questa la descrizione delle diverse ipotesi intorno a cui è sorta la quistione se gli art. 721 e 722 sieno applicabili.

110. — Noi ci faremo successivamente a trattare coteste ipotesi.

Ma ci pare, innanzi tutto, indispensabile il ragionare intorno ad un argomento predominante questa intera tesi, e che si è precipuamente invocato per sostenere che le presunzioni stabilite dagli art. 721. e 722 dovessero estendersi a tutte le ipotesi più o meno simili. in cui si dovesse risolvere una quistione di sopravvivenza.

Ebbene adunque! si è detto quasi dovunque che le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli articoli in esame venivano imposte dalla necessità, e che perciò la stessa causa che le fece stabilire pe'casi direttamente contemplati, ne impone la estensiva applicazione a tutti i casi non contemplati, in cui sorge la stessa necessità; dappoichè è uopo, dicesi, negli uni come negli altri, venire ad una risoluzione:e puossi ricorrere unicamente alle presunzioni legali stabilite dagli art. 721 e 722, le quali sole possono sciogliere allora il *nodo gordiano*!

Avremo già arrecato grave colpo a questa intera dottrina quando avremo dimostrato che la pretesa necessità da essa invocata è meramente immaginaria:e questa dimostrazione ci pare facile.

Adduciamo un esempio semplicissimo.

Primo e Secondo, fratelli uterini senza ascendenti nè discendenti. e conseguentemente chiamati rispettivamente alla successione l'un dell'altro, periscono per lo stesso infortunio: ed è impossibile statuire in fatti quale de'due sia sopravvissuto.

È questa, come bene si comprende, la ipotesi medesima contemplata dagli art. 721 e 722.

Ebbene! Supponiamo che questi articoli non vi fossero, e che non vi fosse: neppure per tale ipotesi, alcuna presunzione legale.

È mai vero che saremmo rimasti fra queste due successioni, senza sapere che cosa farne, nè a chi attribuirle? Finalmente queste eredità sarebbero mai rimasto *giacenti* per mancanza di erede, come si è affermato nell'antico diritto, e di recente altresì nel novello diritto francese?(Confr, Duplessis, t.I.p. 772: Delvincourt, t. II, p. 13, nota 4: Chabot su gli art. 720 — 722; Troplong, *delle Donazioni e de'Testamenti*, t. IV, n. 2126).

Eh! nò indubitatamente.

Avremmo detto a'parenti paterni di Primo: Voi non provate che il vostro autore sia sopravvissuto a suo fratello uterino, Secondo: dunque non ha raccolto la sua eredità.

E similmente a'parenti paterni di Secondo. Voi non dimostrato che il vostro autore sia sopravvissuto a Primo:dunque egli non ha neppure raccolta la eredità sua.

Che cosa sarebbe allora avvenuto?

Una cosa semplicissima al certo e possibilissima, cioè: che le eredità non si sarebbero;

confuse; che vi sarebbero stato due eredità in vece di una sola; che i parenti paterni di Primo sarebbero succeduti a Primo, ed i parenti paterni di Secondo a Secondo. Finalmente, avremmo detto ciò che dicevano, in queste sorte di occasioni, con perfetta precisione ed eleganza, i Romani giureconsulti: *commoriere...; neuter alteri supervixit... ; ultimi primique obierunt*. Essi sono morti nel tempo stesso e simultaneamente; non vi è stato primo, nè ultimo, nè premorto, nè superstite! *non videtur alter alteri supervixisse. . . , cum simul decesserint* (L. 9 e 18. ff. *de reb. dub.*; L. 26 ff. *de mort. causa donat.*; L. 32, § 14, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*

In somma ciascun di essi sarebbe stato considerato, avuto riguardo alla successione dell'altro, come se non fosse giammai esistito, o come se fosse stato assente nel momento della sua apertura. Ed ecco appunto ciò che conteneva primieramente la finale disposizione del progetto nell'art. 6 (corrispondente al nostro art, 722), il quale era conceputo così:

« Se s'ignori assolutamente quale sia il più « vecchio ; la eredità di ciascuno si deferisce « come se l'altro non fosse giammai esistito.»

Se questo ultimo comma fu tolto via e non si rinviene oggidì nel Codice, lo fu dietro la osservazione di Thibaudeau , *che esprimeva semplicemente una regola di diritto comune* (confr. Fenet, t. II, p. 6 ed 8).

Dove è mai quella imperiosa *necessità* che s'invoca? e che mai dinota la proposizione, contenuta in una recente sentenza del tribunal civile della Senna, che la mancanza delle presunzioni legali ci porrebbe qui al cospetto dello *impossibile*! (Dev., 1851, II, 404.)

Oh! indubitatamente, se si voglia di forza versare una delle successioni nell'altra, vi sarà di fatti necessità di avere un premorto ed un superstite. Ma cotesta necessità viene pur troppo spontaneamente creata a sè stesso, e non risulta menomamente dalla natura delle cose nè da'principî del diritto.

Indarno obbiettasi che la morte affatto simultanea di più persone sarà infinitamente rara; che è dunque verisimilissimo che una di essa sia sopravvissuta all'altra; che le due eredità sonosi conseguentemente riunite nella persona del superstite; e che perciò, se si lasciassero queste due eredità ire ciascune pel suo lato, si conseguirebbe quasi sempre la certezza di ammettere un risultamento opposto alla veracità de'fatti, e parecchi soggiungono eziandio *alla giustizia* (confr. Toullier, t. III, n. 78 *bis* ; Taulier, t. III , pag. 118).

Oltre che la simultaneità de' decessi non è al certo impossibile, chi non iscorge quando le presunzioni, mercè di cui risolvesi la quistione di sopravvivenza, sono fragili ed incerte, e può spesso accadere ritenersi da esse un risultamento affatto contrario alla verità, e conseguentemente alla giustizia? Quindi il confesso, da parte mia, credo che sarebbe stato migliore, più sicuro ed equo lasciare ciascuna delle successioni fare il suo corso; attribuire, a cagion di esempio, nella nostra specie, la eredità di Primo a' parenti paterni di Primo, e la eredità di Secondo a' parenti paterni di Secondo; che ciò, io dico, sarebbe stato più equo e sicuro dello attribuir tutto, agli uni e niente agli altri, ed attenersi, per giugnere a questo risultamento, ad induzioni, a presunzioni, cioè effettivamente alquanto, al caso ed all'avventura!

E quando obbiettasi ancora che l'ordine naturale delle successioni si sarebbe trovato così sovvertito, io non rimango maggiormente convinto da tale obbiezione; dappoichè, al postutto, gli eredi, qualunque sieno chiamati dal legislatore, son sempre gli eredi legittimi; ed è manifesto che l'ordine legale delle successioni non sarebbe stato menomamente sovvertito, se lo stesso legislatore avesse stabilito, per la ipotesi in esame, quest'ordine di devoluzione duplice e parallelo che ci sarebbe sembrato qui preferibile. Anzi è notevole che la tendenza somma delle legislazioni moderne in Europa si è il tor via le presunzioni di sopravvivenza. Il codice prussiano positivamente statuisce (tit. 1, part. I, art. 39), che se più persone muoiano per effetto dello stesso infortunio o contemporaneamente, per guisa da non potersi conoscere quale fu la prima a morire, non vi sarà alcuna presunzione di sopravvivenza per alcuna di esse. Il Codice svedese (cap. IV, art. 1), il Codice olandese (articolo. 878), il Codice austriaco (art. 25), il Codice del cantone di Vaud (art. 510) contengono altresì una disposizione simigliante.

Che che ne sia, la nostra legge ha fermato un determinato ordine di presunzioni, da cui risulta che le eredità si saran confuse le une con le altre per impinguare la eredità di chi fu l'ultimo a morire. Indubitatamente poteva liberamente far ciò; dappoichè essa appunto regola la devoluzione de'beni ab intestato. Ma finalmente ciò che per noi si trova ora conseguito non era menomamente necessario che venisse da essa praticato, e, eziandio in man-

canza di tali presunzioni, il risultamento emersone a norma, del diritto comune, avrebbe potuto sembrare più equo e migliore.

141.—Ciò premesso, ecco su tutte le quistioni che qui si agitano (*supra*, n. 109), la nostra general soluzione:

Gli art. 721 e 722 contengono un determinato ordine di presunzioni legali in materia di pruove eterogenee alle regole più salde del diritto comune.

Or, da un lato, le presunzioni legali non possono estendersi ad un fatto diverso da quello cui applicansi specificatamente: dappoichè estenderle sarebbe crearle; o ben si comprende appartenere al solo legislatore lo stabilire una presunzione *legale;* d'altro lato le presunzioni stabilite dagli art. 721 e 722 applicansi unicamente in materia di successione intestata, ed alla sola ipotesi in cui più persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra sien perite per effetto dello stesso infortunio.

Dunque non si potrebbero estendere nè in materia di successione intestata, nè in veruna altra ipotesi; o molto meno ad ogni altra materia diversa da quella delle successioni intestato.

Questo sillogismo ci pare in piena regola; e non iscorgiamo ciò che tornerebbe censurarvi.

È manifesto che le presunzioni stabilite dagli art. 721 e 722 sieno affatto eterogenee allo regole del diritto comune in materia di pruova. In vero la regola si è che il peso della pruova ricade sopra chi affermi la esistenza di un fatto, come fondamento della sua pretensione; e tal regola debbesi sempre mantenere, qualunque sia altronde, nel caso avvenuto, la difficoltà ovvero la impossibilità più o meno assoluta della pruova (L. 2, ff. *de probat.*; art. 1313 — 1269; Zachariae, Aubry, e Rau, t. V, p. 584).

L'art. 135 — 141 ne desume una delle più adeguate conseguenze nel seguente modo:

«Chiunque reclamerà un diritto competente « te a persona di cui s'ignori l'esistenza, dovrà « provare che la medesima persona esisteva « va quando si è fatto luogo a tale diritto: senza « za questa pruova, la dimanda sarà dichiarata « ta inammessibile.»

E l'art. 136 — 142 ne fa eziandio direttamente l'applicazione alla ipotesi di una successione:

« Aprendosi una successione alla quale sia chiamata una persona di cui non consti l'esistenza sarà devoluta esclusivamente a quelli co'quali essa avrebbe avuto il diritto di concorrere, o a coloro cui sarebbe spettata in sua mancanza. »

Se dunque non avessimo gli art. 721 e 722, avremmo applicato questa regola di diritto comune, eziandio nella ipotesi in cui i *commorientes* venissero rispettivamente chiamati alla successione l'uno dell'altro: epperò, siccome tali articoli hanno stabilito presunzioni legali per questa unica ipotesi, restiamo, per tutte le altre ipotesi di *commorientes*, sotto l'impero del diritto comune: e conseguentemente a chi pretenda che il suo autore sia sopravvissuto ed abbia conseguito, nella eredità del premorto, un diritto qualunque di successione o altro, spetta il dimostrare essere effettivamente sopravvissuto: sino a questa pruova, diremo, con l'art. 135 *la dimanda sarà dichiarata inammessibile* (*ved.* il nostro t. I, n. 201).

Ed ecco ciò che affermava eziandio Pothier, in una ipotesi notevolissima, in cui avrebbesi potuto invocare efficacemente l'argomento desunto dalla *necessità*, il quale, nelle nostre ipotesi, non è per contrario di alcun valore, come dimostrammo. Pothier dimandava da quale de'due gemelli potesse pretendersi il diritto di primogenitura, se fosse assolutamente incerto chi di essi sia il primogenito, ed insegnava non potersi pretendere da alcun de'due: «La mia ragione si è, egli dice, che essendo ogni attore obbligato a provare il fatto che serva di fondamento alla sua dimanda . . . , ciascuno di tali gemelli, il quale pretendesse l'antiparte attribuita dalla consuetudine al primogenito, sarebbe in obbligo dimostrare essere effettivamente il primogenito; nessuno di essi potendo dimostrarlo . . . , ne conseguita che nessun di essi debba nulla conseguire nella dimanda di antiparte medesima . . . » (*Delle Success.*, cap. II, sez. I, art. 2, § 1; *ved.* altresì, oll'obbietto, il nostro t. III, n. 372).

Dunque la nostra general conclusione si è che le presunzioni fermate dagli art. 721 e 722 applicansi, in materia di successione intestata, alla sola ipotesi in cui i *commorenti* fossero rispettivamente chiamati alla successione l'un dell'altro, e che non applicansi a veruna ipotesi qualsivoglia in ogni altra materia.

Questa conclusione, la più giuridica, è al certo eziandio la più sicura; dappoichè si scorgerà a quali aberrazioni, a quali eccessi! puossi affermarlo, trovasi in preda la dottrina la quale vuole ampliare o piuttosto infrangere la sfera di tali presunzioni. Le esorbitanti conse-

guenze da essa fermate formeranno novello argomento, e non sarà il minimo, a pro della nostra restrittiva interpetrazione (*infra* , n. 144).

Passiamo ora rapidamente ad esaminare tutta la serie delle ipotesi particolari su cui si è mossa la nostra quistione.

112. — A 1.° Primieramente, eziandio in materia di successione intestata, non ammettiamo le presunzioni legali fermate dagli art. 721 e 722, quando i *commorientes* non venissero chiamati rispettivamente alla successione l'uno dell'altro, ma un di essi soltanto fosse erede presuntivo dell'altro, senza reciprocanza di chiamata.

Nondimeno la opposta dottrina viene da alcuni propugnata con saldo convincimento:

Non potrebbesi, dicesi, rinvenire, fra queste due ipotesi, alcuna ragion plausibile di divario: di fatti che monta, circa la quistione quale de'due fratelli, per esempio, o di due cugini, sia sopravvissuto all'altro, la circostanza che un di essi avesse figliuoli, mentre l' altro non ne avesse? E se la legge presumesse, qualora nè l'uno nè l'altro avesse figli, la sopravvenza di uno di essi, sia del più giovane, sia del più vecchio, come mai potrebbesi affermare non più presumerla per la circostanza che uno avesse figli e l'altro no? Questa circostanza, apparentemente, non muta la differenza delle età e delle forze su cui son poggiate le presunzioni di sopravvivenza, e non potrebbesi, senza accagionare alla legge la più grave inconseguenza, scorgervi siffatta distinzione. Dunque è uopo ammettere che la formola dell'art. 720 è meramente enunciativa, e che il legislatore, supponendo persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra, ha indicati il caso più ordinario, *id quod plerumque fit* (dappoichè di fatti generalmente le chiamate ereditarie sono reciproche), ma che non ha menomamente escluso così i casi in cui non vi fosse reciprocanza di chiamata. Altronde tali casi stessi sono nulquanto numerosi. come, a cagion di esempio, quello di due fratelli, o di due cugini, un de'quali abbia figliuoli e l'altro no. di uno zio celibe e di un nipote con figli, di un figlio stesso che abbia figliuoli, e del padre o della madre, ec. Le disposizioni degli art. 720 a 722. sarebbero dunque affatto incompiute, se non vi si applicassero. Laondo la legge del 20 pratile anno IV (*supra*, n. 103,) presume, nel caso da essa contemplato, la sopravvivenza fra persone *che succedono di diritto*, senza richiedere la reciprocanza di chiamata; e potrebbesi osservare altresì che lo stesso art. 720 adopera il vocabolo *rispettivamente*, e non *reciprocamente* (confr. Toullier, t. III, n. 78 *bis*; Duranton, t. V, n. 45; Malpel, n.° 16; Vazeille su l'art. 722, n. 6; Taulier, t. III, p. 119).

Ecco la nostra risposta:

E primieramente è incontrastabile che il testo dell'art. 720 sia esplicito; poco monta l'avverbio *rispettivamente* o *reciprocamente*: è evidente che la legge vuole che ciascuno dei *commorientes* sia chiamato alla successione degli altri. Tale ci sembra essere altresì il senso della legge del 20 pratile anno IV, quando applica la presunzione di sopravvivenza alle persone, *le quali succedonsi di diritto*; ma altronde è questa una legge speciale (Decis. C. di Rennes 17 aprile 1821, Bastard, D. *rac. alfab.* (nuova ediz.) v° *Success.*, p. 180, n. 51); e, ammettendo pure che essa non richiegga la reciprocanza di chiamata ereditaria, è ripetiamolo, incontrastabile che gli art. 720 e seg. la richieggono. Dunque il testo è positivo; e ciò ci basterebbe (*supra*, n. 111).

Inoltre osserviamo che le due ipotesi non sono, checchè dicasene, affatto simili, e che il legislatore ha potuto avere più motivi per istabilire presunzioni di sopravvivenza in caso di chiamata reciproca che in caso di non reciprocanza.

Di fatti, da un lato, quando i *commorientes* fossero reciprocamente eredi presuntivi l'un dell'altro, puossi affermare che un de'due essendo quasi al certo sopravvissuto all' altro, le due eredità han dovuto di necessità confondersi, anche per un solo istante, nella persona del superstite, e che perciò sarebbesi quasi sempre ammesso un risultamento opposto alla verità, se non si fosse presunta la sopravvivenza dell'uno o dell'altro, e se si fosse deferita la eredità ad un altro grado cui era pressappoco indubitato non essere giunta; mentre non avviene così, quando uno de'*commorientes* soltanto venisse chiamato alla successione dell'altro senza reciprocanza; dappoichè non puossi dire allora che un de'due, poco monta chi, abbia dovuto necessariamente succedere all'altro; e siccome la sopravvivenza dell'uno non trovasi dimostrata più di quella dell' altro, è semplicissimo essersi lasciata giugnere la eredità al grado susseguente, il quale di fatti doveva conseguirla qualora l'erede presuntivo del grado preferibile non fosse sopravvissuto: or la sua sopravvivenza non rinviensi dimostrata.

D'altro lato, quando tutti i *commorientes* sieno rispettivamente eredi gli uni degli altri le presunzioni legali di sopravvivenza offrono il vantaggio di semplificare molto la situazione, dappoichè esse confondono tutte le eredità le une con le altre, per formarne una eredità unica, mentre per contrario spesso avverrebbe che le presunzioni legali di sopravvivenza, applicate a' *commorientes* fra cui la chiamata ereditaria non fosse reciproca, produrrebbero il risultamento di complicare singolarmente la liquidazione; dappoichè queste diverse eredità, rimanendo distinte si appiccherebbero, se lice esprimersi così, e si allaccerebbero le une alle altre; la qual cosa necessiterebbe computi e liquidazioni complicatissime, sopratutto se vi fossero tre o quattro *commorientes* o più (confr. decis. C. di Parigi 30 nov. 1850, Roslé, Dev, 1851,II, 404, Merlin, *Rep.*, v° *Morto*, cap. 1, § 2, art. 2; Chabot, su l'art. 720, n. 7; Favard, *Rep.*, v. *Succes.*, sez. 1, § 1, n. 6; Demante, t. III, n. 22 *bis*, IV; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 401; Marcadè, art. 720, n. 6; Massè e Vergè, sopra Zachariae, t. II, p. 236; D. *rac. alfab.* (nuova ediz.), v. *Success.*, t. LXI, p. 180. n. 54).

113. — Duranton ha proposto, contro la precedente soluzione, altra obbiezione la quale non ci pare menomamente fondata, sopratutto nella ipotesi da lui prescelta (t. VI, n. 16).

Il dotto autore suppone che due fratelli, un de'quali abbia figli, sien periti per lo stesso infortunio, senza potersi dimostrare la sopravvivenza dell'uno o dell'altro, con pruove positive o mercè le circostanze del fatto; e la sua conclusione si è essere allora necessario, per potere i figli di uno de' fratelli trapassati conseguire la eredità del loro zio, ricorrere alle presunzioni legali di sopravvivenza.

Di fatti vogliono essi, egli dice, succedere per parte del padre loro, *jure transmissionis*, a norma dell'art. 781—698? ma bisognerebbe che facessero la pruova, che si suppone impossibile nella specie, avere il padre loro sopravvissuto al loro zio.

Vogliono forse succedere al loro zio per rappresentazione del padre loro? ma bisognerebbe che facessero la pruova, similmente impossibile, avere lo zio sopravvissuto al padre (art. 744—666). E Duranton soggiugne che indarno essi addurrebbero che i due fratelli reputansi morti nel medesimo istante, dappoichè nulla dimostra la premorienza o la sopravvivenza di un di essi: anche in tal caso la rappresentazione non sarebbe ammessibile, a creder suo: dappoichè è uopo che il rappresentato sia morto prima del *de cujus*: or il padre non sarebbe morto primo dello zio, la simultaneità escludendo l'anteriorità.

È agevole, a creder nostro, rispondere che, nella specie addotta da Duranton, i figli verranno di propria ragione, ad ambedue le successioni, a quella del padre ed a quella dello zio. In vero queste due successioni non vanno confuse: esse sono distinte ed indipendenti l'una dall' altra; e nulla è più semplice dello affermare che i figli, i quali hanno altresì due chiamate personali e separate, potranno accettare una delle eredità e rinunziare all' altra, se ve ne fosse alcuna buona, mentre l' altra fosse cattiva.

Tale è pure il sentimento di Marcadè, il quale opina che non evvi alcun bisogno, nell'addotta specie, di ricorrere alla rappresentazione (t. III, n.7 e 12). Ma questo autore ci sembra fare una concessione spiacevole a Duranton, quando afferma che *indubitatamente il figlio non può succedere ad uno per rappresentazione dell' altro, essendo ambedue morti simultaneamente*. Di fatti si può supporre una specie in cui il vantaggio della rappresentazione sarebbe necessario a'nipoti per succedere allo zio; e se noi il negassimo loro, al certo gioveremmo sommamente alla dottrina di Duranton, giovamento che crediamo, da parte nostra, non poter conseguire in alcun caso. Dunque supponiamo che i due fratelli, un de'quali abbia figli, e che sieno periti per lo stesso infortunio, abbiano lasciato ancora un altro fratello per erede. E' manifesto che i figli di uno de'defunti, nipote dell'altro, potranno succedere a costui in concorrenza col terzo fratello, loro zio, solo per via della rappresentazione; e se l'argomento di Duranton fosse ben fondato, tal via rimarrebbe loro chiusa. Ma già ragionammo, nel titolo *degli assenti*, intorno ad una ipotesi affatto simile; e crediamo aver dimostrato che l'art. 136 chiamerebbe i nipoti per rappresentazione, anche quando, essendo il padre loro assente nell'epoca dell'apertura della successione del fratello, non potessero provare la premorienza sua nè la sua sopravvivenza (*ved.* il nostro t. I, numero 209); e lo stesso Marcadè, su l'art. 136, insegna del pari questa dottrina (t. I, art. 136 n. 2): or la nostra specie attuale è affatto simile; avvegnachè abbiamo precisamente dimostrato che la eredità di ciascuno de' *commorientes* dovesse deferirsi separatamente,

come se l'altro fosse assente o non fosse esistito (*supra*, n. 110).

141. — 2°. Neppure applicheremo le presunzioni legali di sopravvivenza fermate dagli art. 721 e 722 al caso in cui i *commorientes*, benchè rispettivamente chiamati alla successione l'un dell'altro fossero periti per diversi infortuni; nè al caso in cui si fossero trovati ambedue estinti d' infermità, o per ogni altra cagione che gli avesse isolatamente colpiti (1) nella stessa camera o in luoghi diversi, senza esser possibile determinare l'ordine de'decessi (*supra*, n. 109).

Non pertanto si è insegnata la tesi opposta! ed ecco sin dove si è giunto con questa pretesa *necessità*, la quale richiede, dicesi in tali ipotesi una presunzione di sopravvivenza!

Alcuni hanno affermato che allora bisognava applicare le presunzioni, che gli art. 721 e 722 han dedotte dalla vigoria dell'età o del sesso! (Confr. Zachariæ, Aubry e Rau, t. I, p. 179; Massé e Vergé, t. II, p. 236).

Come se non fosse manifesto che queste presunzioni non han valore al cospetto della legge e della ragione se non quando i *commorientes* abbiano lottato insieme contra la stessa cagion di distruzione!

Ecco ciò che hanno altresì riconosciuto gli altri partigiani della teorica da noi oppugnata: « Di fatti ben si comprende, dice Duranton, che se, nel caso in cui due persone periscano per lo stesso infortunio, la debolezza di una di esse o l'età sua troppo inoltrata, in confronto di quella dell'altro, del pari che la differenza di sesso, possono esercitare influenza su la soluzion della quistione di sopravvivenza, la influenza medesima è nulla, quando trattasi di persone estinte di morte naturale o per diversi infortuni. »

Eh! indubitatamente! non si potrebbero, senza violare non solo il testo medesimo, ma eziandio lo spirito della legge e la ragione, applicare qui gli art. 721 e 722. Dunque non deggionsi applicare. Ma allora che cosa debbesi fare? Oh! ciò è davvero eccessivo! Viene insegnato che « il più giovane si presumerà essere sopravvissuto al più vecchio, anche quando fossero di sesso diverso » (confr. Duranton *loc. supra, cit.*; Toullier, t. II, n. 76; Chabot su l'art. 720; Taulier, t. III, p. 119).

Non avevamo forse ragion di affermare (*supra*, n. 141) che le abberrazioni in cui sarebbe inevitabilmente tratta la dottrina della estensiva interpetrazione degli artic. 721 e 722 costituirebbero altresì uno de'più decisivi argomenti avverso cotesta intera dottrina? Di fatti tal soluzione non è più soltanto la estensiva interpetrazione *per rationem legis*, come affermasi, delle nostre presunzioni legali; ma ne è il più compiuto sovvertimento! Ed essa appunto, di propria autorità, ferma qui delle presunzioni! In quanto a noi, nulla sappiamo di maggiormente arbitrario. Indarno invocansi il secondo comma dell'art. 722 e la legge del 20 pratile anno IV, i quali ammettono tal presunzione di sopravvivenza secondo l'ordine della natura; dappoichè son queste disposizioni eccezionali ed affatto speciali. Indarno adducesi eziandio che il più giovane aveva probabilità di vivere più lungo tempo del più anziano, e conseguentemente raccogliere la sua eredità; dappoichè, se tal presunzione di più lunga vita a pro del più giovane è vera *a priori*, quando trattisi di conoscere *in futurum* chi de' due sopravviverà probabilmente all' altro, per contrario non è di alcun peso *a posteriori*, quando trattisi determinare, *in præteritum*, trovandosi ambedue morti, chi sia stato il primo o l' ultimo a morire (confr. decis C. di Parigi 28 novembre 1850, Roslé, Dev, 1851, II, 404, Marcadè, art. 722 n. 5; Demante t. III, n. 22 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 402, Masse e Vergé sopra Zachariæ, t. II, p. 236).

145. — 3.° Questa soluzione dovrebbe pure applicarsi al caso in cui i *commorientes*, rispettivamente chiamati alla successione l'un dell'altro, fossero periti per lo stesso infortunio, se fosse impossibile determinare tra essi la differenza delle età, come se gli atti dello stato civile non indicassero le ore di nascita o indicassero le ore medesime, senza alcun documento di natura tale da illuminare la coscienza de'magistrati all'obbietto.

Puossi ancora supporre il caso di due gemelli fra'quali la differenza d'età fosse impossibile a stabilirsi (*supra*, n. 105) se fossero di sesso diverso, potrebbe indubitatamente presumersi la sopravvivenza del maschio; ma, se fussero dello stesso sesso, dimandiamo che cosa deciderà la dottrina, la quale pretende essere qui una *necessità* assoluta il presumere la sopravvivenza dell' uno o dell' altro? ad evidenza per essa non evvi speranza di riuscita; dappoichè la regola, comechè arbitraria,

(1) Potrebbe diversamente accadere se i *commorientes* fossero periti nella stessa camera per asfissia; potrebbesi ravvisare in questa causa di morte uno stesso infortunio contro di cui avrebbero potuto lottare più o men lungo tempo secondo la età loro ed il loro sesso.

della sopravvivenza del più giovane, non può neppure più servirgli. Quindi è uopo esaminare a quali soluzioni ha dato luogo!

Toullier, a cagion di esempio, non ha insegnato che: « se i due gemelli avessero quindici anni e meno di sessanta, il *più robusto* presumerebbesi essere stato il primo a perire! » (T, III, n. 75).

« La presunzione opposta mi sembra prefer bile, ha detto Duvergier nella sua nota su questo numero. »

Ma il vero si è che in diritto non vi è qui alcuna presunzione di sopravvivenza, nè più debole, nè più grave; e che in mancanza di pruova positiva o di presunzioni desunte dai fatti, debbesi statuire che nessun de' due sia sopravvissuto all'altro, epperò attribuire ciascuna eredità al grado susseguente (confr. Marcadé, art. 722, n. 4; Demante, t. III, numero 22 *bis*, VIII; Malpel, n. 12; Massé e Vergé sopra Zachariæ, t. II, p. 238).

416. — 4°. Ma supponiamo che i *commorientes*, essendo rispettivamente chiamati alla successione l' un dell' altro, un di essi, il quale non aveva erede riservatario, avesse istituito un legatario universale.

Le presunzioni legali di sopravvivenza, saranno forse allora applicabili?

Se, per esempio chi abbia instituito un legatario universale, si presumesse sopravvissuto all' altro, a norma degli art. 721 e 722, avrà forse raccolto la eredità dell' altro, per modo che il legatario universale la conseguirebbe, per via di trasmissione, per avere altrettanto aumentato la eredità del testatore?

Ciò può sembrare dubbioso: di fatti parrebbe che non trattisi più di estendere le presunzioni legali di sopravvivenza oltre la sfera stabilita dagli art. 721 e 722, ma semplicemente determinarne le conseguenze: Or dimostrammo innanzi (n. 108) che, ammesso una volta che le presunzioni legali di sopravvivenza sieno applicabili, il vantaggio può dimandarsene da parte di chi presumesi essere sopravvissuto, da tutti i suoi successori o aventi causa, eredi, creditori, legatari o donatari, e nella nostra specie il legatario universale non fa, dirassi, altra cosa.

Nondimeno puossi rispondere che, quando l'art. 720 richiede, come condizione delle presunzioni legali di sopravvivenza, la chiamata creditaria rispettiva de' *commorientes*, intende parlare di una chiamata seria ed efficace: or per contrario la pretesa chiamata di quello de' *commorientes*, che era spogliato per un legato universale, di ogni specie di diritto alla eredità dell'altro, questa chiamata non era più effettivamente che nominale: o piuttosto aveva cessato di esistere, dappoichè, a norma dell'art. 1006 — 932, il legatario universale rimane investito di tutta la eredità ad esclusione dell'erede legittimo (confr. Marcadé, art. 722, n. 7; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 403).

417. — B. Nel punto in cui siamo, e dopo avere stabilito che le presunzioni legali fermate dagli art. 721 e 722 non si applicano, eziandio in materia di successione intestata, ad ipotesi diverse da quella positivamente contemplata da questi articoli, *a fortiori* dobbiamo inferire che esse non sono giammai applicabili in materia di liberalità, sia testamentarie, sia tra vivi o contrattuali.

Nondimeno la opposta tesi ha trovato ancor propugnatori di grave autorità; e segnatamente nella ipotesi in cui i *commorientes*, non avendo nè l'uno nè l'altro erede riservatario, si fossero rispettivamente instituiti legatari universali l' uno dell' altro, cotesta tesi è stata maggiormente propugnata.

In tal senso si è invocato, sia il testo, sia i motivi della legge.

1.° Gli art. 720 e seg. Stabiliscono, dicesi: le presunzioni di sopravvivenza fra le persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell' altra: or la successione è legittima o testamentaria: dunque le due persone reciprocamente instituite legatari universali trovansi ne' termini medesimi della legge: dappoichè venivano rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra, e ciò è soprattutto incontrastabile quando non avessero nè l' una nè l'altra erede riservatario (*ved.* art. 1006— 932). Indarno obbietterebbesi che questi articoli trovansi collocati sotto il titolo delle successioni intestate; dappoichè rinvengonsi in questo titolo medesimo numerose disposizioni, le quali, di comune accordo, applicansi alle successioni testamentarie o contrattuali, come tutti gli articoli relativi al benefizio d' inventario, al pagamento de' debiti, agli effetti di divisione, ec.

2.° In simil caso l'unica quistione si è se i motivi della legge sieno gli stessi e non richieggano la estensiva applicazione delle sue disposizioni a tutte le situazioni simiglianti: or l'analogia o piuttosto la identità delle situazioni è qui, dicesi, manifesta. Le presunzioni stabilite dagli art. 721 e 722 han per causa *il desiderio della giustizia e l'amore della verità.*

Or tal causa ha forse men vigore in materia di liberalità che in materia di successione intestata? e forse la volontà dell' uomo è men sacra di quella della legge? (Confr. Ricard, *delle Disposiz. condiz.*, n. 572 e seg.; Mallevilie. sull'art. 722; Toullier, t. III, n. 78 e 78 *bis*; Malpel n. 14. e 15; Taulier, t. III, p. 120; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 720, n. 7; Vazeille, art. 722, n. 5. Poujol art. 720, n. 11).

La sù esposta dottrina estende altronde l'applicazione degli art. 721 e 722 non solo al caso di reciprocità delle instituzioni testamentarie o contrattuali, ma altresì al caso di liberalità meramente unilaterali, legato o donazione, che uno de'*commorientes* avesse fatto all'altro; ed anche più generalmente alcuni applicano queste presunzioni a tutti i casi in cui una persona avesse diritti subordinati alla premorienza di altra persona talchè, quando ambedue sien perite per lo stesso infortunio, senza potersi conoscere chi sia stata la prima a trapassare, qualora a norma degli art. 721 e 722, chi aveva diritti subordinati alla premorienza dell'altro presumasi sopravvissuto, i suoi eredi o aventi causa possono reclamare tali diritti nella eredità, senza abbisognar di provare la sopravvivenza del loro autore; come di uno de' coniugi donatario del suo coniuge sotto la condizione di sopravvivenza; di un donatario e di un donante di beni futuri; di un donatario e di un donante con clausola di riversione ec, (vedi *supra*, n. 109).

Cotesto sistema ci sembra affatto inammissibile.

Un tempo veniva prescritto da' nostri antichi autori (confr. Duplessis, t, I, p. 772; Pothier, *delle Donaz. testam.*, cap. V, sez. I, § I).

E noi sosteniamo che ancora oggidì nè il testo della legge, nè i suoi motivi il sorreggono;

Di fatti da un lato il luogo in cui rinvengonsi gli art. 721 e 722, nel capitolo I del titolo in esame: *Dell'apertura delle successioni e dello immediato passaggio del possesso negli eredi*, e lo espressioni medesime di questi articoli dimostrano esser scritti per le successioni legittime: ed abbiamo già osservato che il vocobolo *successione*, nella terminologia del nostro Codice, non applicasi a testamenti, nè allo donazioni (*supra*, n. 80 e seg..). Obbiettasi che determinate disposizioni del titolo *delle Successioni* debbonsi estendere alle liberalità testamentarie o tra vivi. È pur troppo vero: ma quali sono? quelle soltanto risguardanti alcuni effetti del diritto già aperto ed acquistato, ma non quelle riguardanti il diritto da acquistare, nè il modo onde il diritto si apre se si acquista.

Nessuno per altro avrà mai il pensiero di proporre di estendere alle liberalità testamentarie il benefizio della rappresentazione stabilito, in materia di successione, dagli art. 739 o seg.—960: ebbene! debbe avvenire lo stesso delle presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 721 e 722; dappoichè trattasi, in entrambi i casi, del modo della chiamata ereditaria; e l'art. 1019 — 994, il quale non permette agli eredi del legatario invocare il benefizio della rappresentazione stabilito dall'art. 739, non permette loro viemaggiormente invocare le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 721 e 722.

D'altro lato i motivi che han potuto indurre il legislatore a fermare determinate presunzioni di sopravvivenza in materia di successione intestata non esistono ad evidenza in materia di liberalità. Ben si comprende che abbia potuto voler mantenere l'ordine delle trasmissioni ereditarie, da lui medesimo stabilito nella famiglia; mentre non aveva alcuna ragione effettivamente grave, sia di voler salvare i legati da una caducità la quale gioverà per contrario alla famiglia, secondo l'ordine legale di trasmissione, sia di risolvere la quistione di sopravvivenza o di premorienza fra un donante ed un donatario per favorire l' uno in detrimento dell'altro, secondo gli eventi, presumendo l'apertura o la risoluzione, a norma de'casi, di una liberalità la cui apertura o risoluzione non vengono dimostrate. Osserviamo pure che la liberalità è personale a colui medesimo che ne ha formato l'oggetto, e che la presunzione di sopravvivenza, nel caso sopratutto in cui favorisse gli eredi di un legatario, attribuirebbe in realtà direttamente il legato ad individui estranei al testatore, e che non aveva intenzione di gratificare. Indubitatamente avverrà così nel caso in cui la sopravvivenza del legatario, anche quando sia di un istante, sarà provata; ma ciò è già abbastanza. ed al certo non evvi alcuna ragione per presumerla di uffizio e sempre!

Ecco perchè il legislatore ha lasciato tutte queste ipotesi sotto l'impero del diritto comune, a norma di cui: « chiunque reclamerà un « diritto competente a persona di cui s'ignora « l'esistenza, dovrà provare che la medesima « persona esisteva quando si è fatto luogo a

« tale diritto . . . » (art. 135, 136, 1039— « 141, 142, 994).

Poco importerebbe che i due *commorientes* non avendo eredi riservatari si fossero reciprocamente instituiti legatari universali l' un dell'altro. Indarno direbbesi che la morte simultanea de'due *commorientes* non essendo menomamente verosimile,è certo che uno dei legatari è sopravvissuto ad uno de'testatori, e che conseguentemente uno de'legatisi è aperto ed avverato. Sia così! ma quale? spetta a voi dimostrarlo; dappoichè l'art. 1039 non fà alcuna specie di distinzione.

Non obbietterebbesi con maggior successo che , a' termini dell'art. 1006. nel legatario universale passerà *ipso jure* il possesso della intera eredità ; dappoichè sarebbe questa una petizione di principio ed un circolo vizioso. Di fatti in quale de'legatari è passato il possesso ? E poi il legatario, eziandio nel caso contemplato dall'art. 1006, ha potuto ricevere il possesso sol quando sia sopravvissuto al testatore. Dimostrate adunque la sua sopravvivenza!

Con maggior ragione diremo altrettanto del caso in cui non si trattasse di reciproche instituzioni.

In somma la vostra tesi è semplicissima e si riassume così.

A chi afferma che il diritto, il quale doveva aprirsi o risolversi per la sopravvivenza di una persona ad un'altra, si è effettivamente aperto o risoluto , il quale è attore ed afferma , spetta lo stabilire la pruova che serve di fondamento alla sua pretensione.

Dunque chi pretenda che un legato trovisi aperto a pro del suo autore, debbe provare la sopravvivenza del legatario al testatore.

Chi pretenda che la donazione tra vivi, fatta con clausola di ritorno, è stata risoluta per la soppravvivenza del donante al donatario, debbe provare la sopravvivenza del donante.

E così in tutte le altre ipotesi.

Nella maggior parte gli autori esaminano qui,con ampli sviluppamenti,la quistione se,in una donazione di beni futuri, spetti agli eredi del donatario dimostrare la premorienza del donante, ovvero spetti agli eredi del donante dimostrare la premorienza del donatario (*ved.* art. 1089—1044).Differiamola soluzione di tal quistione e di tutte le altre quistioni simili: ci basta ora il dire che quegli,a cui verrà imposto il peso della pruova, dovrà di fatti somministrare tal pruova, senza poter invocare le persunzioni stabilite dagli art. 721 e 722(confr.*supra* n.°111;decis.C. di Bordò 29 gennaio 1849, Durup, Dev., 1849, II 625; 30. nov, 1850,Roslè, Dev. 1851. II 404; Merlin, *Rep.* v, *Morto*, cap. 1, § 2, art, 2; Bartolo, su la legge 16. ff. *de rebus dubiis*; Furgole, cap. VII, sez. 6 n. 92; Rolland de Villargnes , v. *Successione*, n. 27; Duranton, t. VI, n. 45 e seg: Marcadè, art. 722, n. 8 e 9; Demante, t. III, n. 22 *bis*, III, Massè e Vergè sopra Zachariae, t. II, p. 237; D., *rac. alfab.* (nuova ediz.) v. *Success.*, t. XLI, p. 184, n. 55).

118. Nondimeno può sorgere una complicazione alquanto delicata nel sistema da noi adottato, ed a norma di cui le presunzioni di sopravvivenza fermate dagli art. 721 e 722 sono applicabili solo in materia di successione intestata.

Di fatti suppongasi la specie seguente.

Tre cugini, Primo, Secondo e Terzo vengono rispettivsmente chiamati alla successione l'uno dell'altro.

Primo e Secondo periscon per lo stesso infortunio,senza potersi stabilire,nè per pruova diretta, nè per presunzioni, l'ordine de' decessi.

Conseguentemente evvi luogo ad applicare le presunzioni fermate dagli art. 721 e 722: e noi supponiamo che, a norma di questi articoli, Primo si presume sopravvissuto a Secondo.

Dunque la eredità di Secondo debbesi dividere fra Terzo, il cugino superstite, e gli eredi di Primo,il quale,presumendosi sopravvissuto a Secondo, ha trasmesso a' propri eredi la porzione ereditaria da lui conseguita.

Ma inoltre Secondo ha fatto a Primo un legato per antiparte e prelegato.

Gli eredi di Primo potranno forse invocare la presunzione legale di sopravvivenza stabilita dagli art, 721 e 722 ad obbietto di raccogliere il legato ?

Duranton insegna l'affermativa, ancorchè il dotto autore neppure applichi, per tesi generale,le presunzioni di sopravvivenza in materia di testamento o di donazione; ma in tale ipotesi speciale, suo *parere si è che sarebbe inconseguente ammetterle in parte ed escluderle in parte* (t. VI, n. 48 e 49. p. 58, nota 2).

Tale è pure il sentimento di Troplong « Non può aver luogo, egli dice, che la stessa persona sia premorta, ove trattisi di successione legittima, e che sia trapassata in epoca ignota, ove trattisi conoscere quale sia stato lo istante della morte per determinare l'effetto di una

donazione tra vivi o per testamento: questo assurdo sarebbe flagrante... » ed altrove: « sarebbe cosa ridicola lo affermare che questo fanciullo debba essere premorto in un caso e non nell'altro. » *Delle donazioni e de' testamenti.*, t. IV, n. 2424 e 2432).

Comunque tal dottrina ci sembri eziandio la più sicura, non vorremmo, da parte nostra, qualificare altresì duramente la tesi opposta; e ci sembra che la tesi medesima, lungi dall'essere *ridicola*, potrebbe venire sorretta da alquanto gravi argomenti:

Di fatti non potrebbesi forse dire che nulla è più frequente nel diritto delle pruove meramente relative, e che tale è pure il carattere particolarmente distintivo delle presunzioni legali(art. 1349, 1350, 1303, 1304)? Gli art. 721 e 722 stabiliscono, in materia di successione intestata, alcune presunzioni di sopravvivenza, per motivi determinati desunti da' principi della successione intestata; ma nessun testo ha fermato presunzioni simiglianti in materia di legato in cui non militano gli stessi motivi.

Dal presumersi Primo essere soppravvissuto a Secondo, ad obbietto di conseguire la sua successione intestata, conseguita forse di necessità che debbasi presumere eziandio essere sopravvissuto ad obbietto di conseguire il legato? questa conseguenza non sembra menomamente necessaria; dappoichè non evvi alcuna indivisibilità: gli eredi di Primo non possono dimandare la eredità di Secondo, senza risultarne che possano chiedere il legato che costui aveva fatto al loro autore; e, relativamente al legato, per qual ragione non andrebbero sottoposti alla pruova della sopravvivenza? (art' 1039— 994; confr. il nostro t. I, n. 132 e 140).

Non potrebbesi negare nulladimeno la specie di contraddizione prodotta da questo duplice risultamento; e di fatti ben comprendiamo che allora si statuisce che le presunzioni legali di sopravvivenza sono applicabili pel legato del pari che per la successione intestata. Il legislatore, presumendo la soppravvivenza per la successione, ha inteso indubitatamente che chi sia presunto sopravvissuto eserciterebbe, nella successione medesima, i diritti conferitigli dalla stessa pruova della sopravvivenza: or il legato forma parte di tali diritti, e puossi considerare come un modo di determinamento della successione medesima. Ecco ciò che sembra risultare altresì dalla legge 26 del Digesto *de pactis dotalibus*; e di fatti Bartolo, il quale insegnava che le presunzioni di sopravvivenza non applicavansi allo disposizioni dell'uomo, *ex dispositione hominis inter vivos vel ultima voluntate*, ammetteva che diversamente accadesse, qualora la disposizione dell' uomo e la chiamata legale ereditaria si trovassero esistere simultaneamento a pro della stessa persona: *quia ibi dispositio testamenti continet idem quod dispositio legis*.... (su la legge 16 o 17 in Bartolo) nel Digesto (*de rebus dubiis*).

119. Dunque la nostra conclusione si è che in materia di testamento o di donazione le quistioni di sopravvivenza o di premorienza possonsi risolvere solo a norma delle regolo del diritto comune.

Or abbiamo osservato che il diritto comune ammette, in simil caso, tutti i generi di pruova, dappoichè trattasi di un fatto di cui gl' interessati sonosi trovati nella impossibilità di procacciarsi una pruova scritturale (*supra*, n. 96, 97, 98).

Dunque i giudici potranno ammettere la pruova testimoniale o le presunzioni dalla legge abbandonate alla prudenza loro ed alla loro coscienza(art. 1341, 1348, 1353—1295, 1302, 1307); e nulla si oppone al prendersi da essi in considerazione, como elementi desunti dalle circostanze del fatto, la rispettiva vigoria dell'età e del sesso de' *commorientes*.

Ma allora, si dirà, nulla nè anco osta loro lo applicare esattamente le presunzioni stabilite dagli art. 721 e 722, di applicarlo non come presunzioni legali, in forza dell'art. 1350 — 1304, ma come presunzioni semplici, in virtù dell' art. 1353; avvegnacchè i magistrati hanno la massima libertà di valutazione, quando trattisi delle presunzioni dalla legge lasciate alla loro prudenza; e sembra che non possano meglio valersi di questa libertà se non appropriandosi le presunzioni che il legislatore stesso ha creduto dover adottare.

Effettivamente in diritto una decisione così motivata non dovrebbe venir cassata.

Ma noi siamo dello stesso sentimento di Demanto, il quale soggiugne che questa decisione in fatto sarebbe mal fondata e che costituirebbe un *mal giudicato* (t. II, n. 22 bis, V).

Da un lato precisamente ne'fatti particolari di ciascuna specie il magistrato debbe regolarmente indagare le presunzioni di cui la legge gli lascia la suproma valutazione: or non è questo il carattere di tali presunzioni meramente teoretiche ed altronde cotanto incerte, dalla

legge desunte *a priori*, per tutti i casi, dalla vigoria della età o del sesso;

D'altro lato siffatta dottrina, qualora venisse generalizzata ed invertita in giurisprudenza, giungerebbe nientemeno che ad estendere effettivamente, in materia di testamento e di donazione, le presunzioni di sopravvivenza dagli art. 721 e 722 — 642 e 643 stabilite in materia di successione.

Dunque, in caso di dubbio assoluto, miglior partito si è lo applicare la regola generale, a norma di cui il reo debbe essere assoluto, quando l'attore non abbia somministrato la prnova posta a suo carico.

SEZIONE II

Del possesso in cui vanno immessi gli eredi.

SOMMARIO.

120. — Esposizione.

121. — Il Codice Napoleone distingue due classi di successori: gli eredi legittimi perfetti e regolari; ed i successori irregolari o imperfetti.

122. — Continuazione. Diversi significati del vocabolo *erede*.

123. — Divisione.

120. — Questa seconda parte del nostro capitolo corrisponde, come dicemmo innanzi (n. 83), alla seguente quistione: in qual modo avviene la trasmissione de' beni del defunto al successore che lo surroga, e quali sono gli effetti generali di questa trasmissione?

Cotesta quistione è inerente al nostro stesso subbietto; ed i legislatori di tutti i tempi han dovuto necessariamente risolverla.

Quindi il diritto romano distingueva più classi di eredi, riguardo a cui la devoluzione della eredità non avveniva nello stesso modo (confr. Inst. di Giust. *de haeredum qualitate et differentia: jung.*; *de bonorum possessionibus ved.* pure *infra*, n. 132.).

E, nelle nostre antiche provincie francesi, il modo e gli effetti della trasmissione ereditaria do' beni venivano espressi dalla famosa massima *il morto impossessa il vivo*, intorno a cui or ora ci intratterremo (*infra* n. 121 e seg.).

121. — Primamente il Codice Napoleone distingue, all'obbietto, due classi di successori.

Articolo 723—644: « La legge regola l'or« dine di successione fra gli eredi legittimi: « in mancanza di questi, passano i beni a'figli « naturali; quindi al coniuge superstite; ed « in loro mancanza allo Stato. »

Da un lato, gli eredi legittimi talvolta denominati altresì successori regolari o perfetti;

D'altro lato, i successori irregolari o imperfetti.

La prima classe comprende tutti i parenti legittimi del defunto: discendenti, ascendenti o collaterali, poco monta la linea ed eziandio il grado. Chiunque sia chiamato alla successione in forza di un legame di parentela legittima è erede legittimo e regolare (*ved.* il cap. III).

Nella seconda classe trovansi, a norma dell'art. 723, i figli naturali, il coniuge superstite e lo Stato. Ma è da por mente che questa ultima parte dell' articolo in esame è incompiuta sotto duplice rapporto:

1°. Perchè non fa menzione de' genitori e de' fratelli e sorelle del figlio natnrale, i quali nondimeno possono venir chiamati alla sua successione in preferenza del coniuge superstite (art. 765, 766—680, 681);

2°. Perchè parrebbe supporre che i figli naturali sieno chiamati *in mancanza* di eredi legittimi, ed il concorso delle due classi di successori tornerebbe così sempre impossibile: mentre i figli naturali concorrono con gli *eredi* regolari, senza eccettuar neppure i figli legittimi del loro autore (art. 757—674). Ciò che puossi affermare si è, che i figli naturali non hanno mai diritto alla totalità de'beni, tranne in mancanza assoluta di eredi legittimi; e forse tanto precisamante l' art. 723 ha voluto semplicemente esprimere, come farebbe supporre l' art. 724—645, il quale dichiara che i figli naturali debbono farsi immettere in possesso *giudizialmente*; la qual cosa di fatti ha luogo nel caso in cui il figlio naturale venga chiamato, *in mancanza di parenti*, a raccogliere la totalità de' beni (art. 773). Intesi in tal senso, gli art. 723 e 724 sarebbero esattissimi.

122. — Il nostro Codice sembra riservare esclusivamente il titolo di *erede* a' parenti legittimi: esso dichiara anche positivamente con l'art. 756—674 che i *figli naturali non sono eredi*; ed inoltre direbbesi aver preso cura di non chiamare neppure col semplice nome di *successori* i parenti naturali, il coniuge superstite e lo Stato. *I beni loro passano*, dichiara l'art. 723; essi *appartengono loro* ... *la eredità si acquista da loro*, dichiarano gli articoli 767 e 768.

Nondimeno sarebbe pericoloso, attribuire a queste espressioni un significato preciso e rigoroso, che i compilatori del Codice Napoleone non hanno avuto al certo lo indentimento di attribuirvi in tutti i casi.

Primieramente è incontrastabile che i figli naturali e gli altri, il coniuge superstite e lo Stato sieno successori; avvegnachè l'articolo 711—632 pone la *successione* fra' modi di acquistare; e precisamente alla successione vengono chiamati. Laonde il capitolo IV trovasi intitolato: *Delle successioni irregolari*.

Ed anzi non bisognerebbe negar loro sempre *a priori* il titolo di *eredi*, per guisa da dichiarare così preventivamente inapplicabili ai successori irregolari tutte le disposizioni in cui la legge adopera il vocabolo *erede*. Di fatti questo vocabolo è suscettivo di multiplici e diverse significazioni. In senso ampio dinota tutti i successori chiamati dalla legge; *a lege vocati* . . . , tutti i *legittimi*, *hoc est*, *quibus legitima potuit deservi hæreditas* (L. 2, ff. *unde legitimi*); ed in questa ampia significazione gli stessi successori irregolari sono eredi *legittimi*. Ma a prescindere da tale significazione spessissimo i compilatori del Codice adoperano il vocabolo *erede* nel senso generico di successore *in universum jus*; epperò, avuto riguardo al luogo in cui si trova, ed al particolar carettere di ciascona delle disposizioni in cui è adoperato, è uopo statuire se si applichi agli eredi legittimi *stricto sensu*, o se debba per contrario estendersi, sia a'successori irregolari o eredi imperfetti, sia a tutti i successori indistintamente (confr. *infra*, n. 160; art. 317, 330, 727, 729, 841 ec.— 239, 252, 648, 652, 760; ved. pure il nostro t. III, n.127, 128 e 129.)

123.—Relativamente al modo onde avviene la trasmissione de' beni, ed agli effetti generali di qoesta trasmissione, la differenza fra le doe classi di successori innanzi esposta rinviensi formolata ne'seguenti termini dall'articolo 724—645:

« L'immediato possesso de' beni, diritti ed azioni del defunto passa *ipso jure* negli eredi legittimi, con l'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari: i figli naturali però, il coniuge superstite o lo Stato debbono farsi immettere in possesso giudizialmente ne' modi che verranno determinati.

Alcuni svilnppamenti sono indispensabili su questa importante parte della subbietta materia; e noi successivamente preuderemo a disaminare.

1.° Ciò che riguarda il possesso degli eredi legittimi;

2.° Ciò che riguarda la immessione in possesso de'successori irregolari.

§ I.

Del possesso degli eredi legittimi .

SOMMARIO

124. — Divisione.

125. A. — Che cosa sia *saisine* (impossessamento); sua origine e suo scopo nell' aotico diritto germanico.

126. — Del possesso nelle instituzioni feudali.

127. — Continuazione. Eranvi, oltre l' apertura della successione, due altre cause di possesso, cioè la occupazione e la tradizione di fatto.

128. — La massima il *morto impossessa il vivo* formava un tempo il diritto comune dolla Francia, eziandio ne' paesi di diritto scritto.

129. — Ma siccome il possesso ereditario era assai poco unisono alle idee romane, così i giureconsulti francesi, educati o' principi del diritto romano, non l' adottarono pienamente. — Osservazione.

130. — Il Codice Napoleone ha sancito l'antico possesso ereditario, spogliandolo semplicemente della finzione racchiusa nella sua formola.

131. B. — Un tempo opinavasi, e generalmente si avvisa ancora oggidì, che il possesso ereditario produce quattro principali effetti — Esposizione.

132. — L' acquisto immediato e la trasmissibilità del diritto ereditario sono forse effetti del possesso legale ?

132 *bis*. — È forse esatto altresì il considerare come effetto del possesso legale la continuazione, da parte dell' erede, della persona del defunto, e l' obbligo di pagare i debiti ereditari *ultra vires* ?

133. — L' acquisto istantaneo, fatto dall' erede, del possesso medesimo, che apparteneva al defunto, è veramente un effetto del possesso legale ereditario. — Conseguenze che ne emergono.

133 *bis*. — A quali pesi gli eredi van soggetti ? — Rimando.

134. — L' erede, beochè legalmente impossessato, può rinunziare alla eredità.

135. — Continuazione. — Come mai conciliare il principio del possesso di pieno diritto con l' altro principio che nessuno è erede suo malgrado ? In altri termini il possesso legale è forse attribuito all' erede sotto condizione risolutiva, per modo da essere erede finchè non abbia rinunziato, o semplicemente sotto condizione sospensiva, per guisa da divenire erede sol dietro sua accettazione ?

136. — Per regola generale l' autore della eredità non può privare i suoi eredi del possesso Questa regola soggiace a due eccezioni.

137. — La regola francese *esser dichiarativa la divisione* è pure una conseguenza del possesso ereditario. — Rimando.

138. C. — A quali beni si applica il possesso ?

139. — Il possesso legale comprende eziandio quelli fra'beni la cui proprietà viene trasmessa, *a die mortis*, a persone diverse dagli eredi legittimi. — Esempi. — Spiegazione.

140. — A quali beni non applicasi il possesso legale.

141. D. — Il possesso legale va attribuito a tutti gli eredi legittimi, discendenti, ascendenti o collaterali.

142. — Ma esso va attribuito a' soli eredi legittimi. — Conseguenze.

143. — L' ereda legittimu, il quale rinunzia alla successione, per ritenere il legato, rimane forse impossessato delle cose legategli?
144. — Il possesso appartiene all' erede legittimo sol quandu sia capace di succedere.
145. — *Quid*, se trovisi in uno da' casi d' indegnità contemplati dalla legge? — Rimendu.
146. — Il possesso viene attribuito a tutti gli eredi, minori u maggiori, o interdetti, pocu monta.
147. — Due importanti quistioni rimangono pure a risolvere sul punto a chi appartenga il possesso legale. — Esposizione.
148. — 1° Il possesso appartiene forse collettivamente a tutti i parenti del defunto, eziandio sino al grado successibile il più rimotu, fino a quando gli eredi più prossimi non abbiano accettato?
149. — Un tempo ammettevasi un possesso, in certa guisa, eventuale, a pro del parente più remoto dichiaratosi erede puro e semplice, riguardo al parente più prossimo, il qualo accettasse col beneficio dello inventariu. Nulla di simigliante rinvionsi oggidì.
150. — 2° Il possesso legale è forse uperativo una sola volta, a pro degli eredi più prossimi, nel giorno dell' apertura della successione? ovvero per contrario, dopo la rinunzia di un erede impossessato, il suu coereda o l' erede del grado susseguente rimane forse esso medesimo impossessato della eredità?
151. — Continuazione.
152. — Continuazione. Il coerede, in caso d' inazione del suu coerede o il parente più remoto, in caso d' inazione del parente più prossimo, può furse immettersi in possesso della eredità?
153. — Continuazione. Se il coerede abbia presu possesso della parte del suo coerede, se il parente più remoto abbia preso possesso delle eredità per la inazione del coerede o del parente più prossimo, quali ne saranno gli effetti?
154. — Continuazione.

121. —Abbiamo qui a disaminare quattro principali punti:

A. Che cosa sia possesso ereditario, e quale la sua origine;

B. Quali sieno i suoi effetti;

C. A quali beni si applichi;

D. A quali persone venga conceduto.

125.—A. Denominasi in generale *saisine* (impossessamento) un possesso rivestito di determinata qualità, ovvero lo impossessamento, il quale a dir vero non è il possesso medesimo, consiste in una determinata qualità del possesso, la quale il rende suscettivo di effetti civili.

La primitiva idea dello impossessamento annodasi ad una epoca in cui la trasmissione de'beni non poteva seguire se non mercè formalità esterne e solenni; e da qualsivoglia origine si faccia discendere, sia che venga attribuito all' antico diritto germanico, sia che voglisi emerso dalle instituzioni feudali, rinviensi sempre che esso proceda da un sistema in cui la materiale e pubblica tradizione formava la condizione indispensabile del mutamento delle proprietà.

Laonde, a norma della giuridica costituzione de'Germani, veniva risguardato legittimo rappresentante della proprietà prediale quegli soltanto che era stato uffizialmente riconosciuto come tale dal comune di cui formava parte; e di fatti precisamente questa pubblica ricognizione (la quale emergeva, sia da solenne tradizione, sia da sentenza), gli conferiva diritti di tener la cosa in poter suo e difenderla; or appunto tal diritto costituiva la *saisine* (impossessamento). A qual principio della legislazione o de' costumi germanici è uopo rannodare cotesta instituzione? Forse al condominio di famiglia, *condominium*? Forse piuttosto alla garentia *familiale*, cioè alla garentia collettiva e solidale la quale formava il vincolo comune di tutti i membri della famiglia germanica? non abbiamo qui a discutere cotesta tesi storica. Ciò che dobbiamo soltanto osservare si è che, in tempo della morte di colui al quale attribuivasi il possesso, sarebbe avvenuto, a norma di tali usanze, che la proprietà non avrebbe avuto rappresentante, fino a che colui il quale doveva conseguirle, non fosse stato pubblicamente riconosciuto ed *impossessato* dal comune. Ed ecco perchè, in un interesse privato e pubblico ad un tempo, per impedire tal rottura e sospensione del possesso, val dire di tutti i diritti e di tutti i doveri della rappresentazione legale de'beni, il dritto germanico escogitò una finzione; e suppose che i parenti più prossimi del defunto venissero immediatamente riconosciuti ed impossessati dal comune sin dal momento della morte (confr. Klimrath, *Rivista di legisl.* 1835, p. 356 e seg.; Chauffour, *Rivista di legisl*, 1847. t. II, p. 74 e seg., p. 325 e seg., e t. III, p. 55 e seg. reso conto del lavoro di Renand, di Berne, Kaenigswarter, 1844, p. 533 e seg., Esquiron de Parieu. *Riv. di dr. franc. e str*; t. I, p. 34, 357, 466, ec., e t. VII, p. 6; Simonet, *Storia e teoria del possesso ereditario*.

126. —Precisamente con lo stesso carattere di finzione il possesso ereditario spogliossi altresì delle feudali instituzioni.

La necessità di una fisica e solenne tradizione per la trasmissione de'beni era, come, è noto, una delle eredenze più accreditate e più popolari del medio evo (*ved.* Michelet *Origini*

del dritto francese, p. 114 e seg.). Le cerimonie della tradizione seguivano mercè diverse formole, cui attribuivansi vario denominazioni, le quali esprimevano tutte la medesima idea (*veste e devest*, *désaisine e saisine*, *déshéritance e adhéritance*, *mise de fait* o *main-assise* (Denisart, v. *Saisine;* Merlin, *Rep.*, v. *Pegno*). La solennità di questa investitura principalmente consisteva nello intervento della pubblica potestà: val dire che, nel tempo in cui la feudalità ebbe inviluppato tutto il corpo sociale, e quando i signori erano addivenuti l'unica rappresentazione de' pubblici poteri, le parti, per effettuare questa investitura, dovevano comparire avanti alla giustizia signoresca. Ed eziandio i signori, nello esaltamento del loro potere, erano giunti a pretendere essere stati, in origine, proprietari di tutti i beni siti nel territorio delle loro rispettive signorie, e che ne avevano conservato il dominio diretto, dopo averne alienato semplicemente il dominio utile infeudandoli (1). Di qui i feudisti avevano inferito che il vassallo, morendo, reputavasi restituire il possesso de'beni al suo signore, e che gli eredi dovevano ricevere un novello possesso da costui. E di qui nascevano del pari i doveri di fede ed omaggio; i diritti di livello, se fossero feudi; ed i diritti o vantaggi di possesso, se fossero fondi ignobili (confr. Pothier, Introd. *al titolo de'feudi*, n. 38 e seg.; e *Trattato de'censi*, cap. I, sez. III, § 5).

« Ma, siccome questo diritto (di livello o investitura) era odioso, dice Lauriére, così venne introdotto che ogni persona trapassata si reputasse aver restituito, morendo, il possesso do'suoi beni al suo più prossimo parente capace di succedergli; e non mai ad altra persona . . . ; di qui surse la regola il *morto impossessa il vivo* . . . »

Di fatti onora i legisti l'avere liberata la proprietà da' lacci feudali o censuali. In questa lotta avverso la feudalità quali furono le armi di cui si servirono? e quale è l'epoca della loro vittoria? questi due punti sono abbastanza oscuri; e noi non abbiamo qui a discuterli. Sembra che tutto divenne a'giureconsulti istrumento di guerra in questa impresa, e che argomentarono nel tempo stesso avverso le pretensioni della fiscalità feudale; e dall'antico condominio di famiglia, il quale in parte aveva ingenerato il possesso ereditario nel diritto germanico; e dalle regole dal diritto consuetudinario francese, il quale, non ammettendo la instituzione di erede, neppur poteva, dicevasi, ammettere la specie di tacita instituzione risultante a pro dal signore del possesso de'beni cui aspirava; ed altresì da più frammenti de'romani giureconsulti, i quali al certo non supposero dovere un giorno somministrare pruove in sostegno di questo possesso ereditario (*infra*, num. 128; confr. de Lauriére, sopra Loisel, lib. II, tit. V, regola I, Pothier, *de' Feudi*, part. II, cap. I, sez. II, art. I).

Checchè ne sia, eglino vi riuscirono! ma siccome tale idea d'impossessamento trovavasi allora profondamente scolpita nelle menti, siccome credevasi alla sua necessità per la trasmissione de'diritti, così si ricorse ad una finzione; ed in vece dello impossessamento feudale, che il signore non dava più, lo stesso moribondo reputossi trasmettere il possesso de'beni suoi al più prossimo parente. Di qui surse una delle nostre più celebri massime, il *morto impossessa il vivo* ...; val dire che, a prescindere da ogni formalità qualsivoglia di tradizione ed impossessamento, l'erede stesso venne immediatamente, dopo la morte del suo autore, riguardato avere il possesso di tutti i beni, di cui il suo autore trovavasi investito; e lo impossessamento è, come è noto, il possesso, oppure una determinata qualità del possesso, la quale il rende capace di produrre effetti civili, o, per esempio di procacciare l'esercizio delle azioni possessorie. Di fatti tale è il senso principale e caratteristico che tutti gli antichi scrittori attribuiscono a questa massima :

« *Per titolo di successione*, *l'erede può dir-* « *si incontanente, dopo la morte del prede-* « *cessore, in possesso de'beni del trapassato,* « *di cui si dichiara erede: quia saisina de-* « *functi descendit in vivum* ...» (*Grande : consuetudinario di Francia*, lib. II, p. 138, 139, cap. XXI, ediz. di Caronda).

Lo stesso Caronda traduce ne'seguenti termini la regola *il morto impossessa il vivo*,

(1) Abbiamo veduto riprodurre, a' tempi nostri, questa pretensione in nome dello Stato. Si è sostenuto che il diritto di mutazione poggiava sopra un diritto anteriore e superiore di proprietà di cui lo Stato andava rivestito, e che conseguentemente doveva esercitarlo, a titolo di prelevamento, eziandio in detrimento de' diritti acquistati da terzi! In quanto a noi, con tutta la energia del nostro convincimento, plaudiamo alle eloquenti e decisive proteste attirate da cotesta antisociale dottrina (conf. decis. C. di Parigi 13 marzo 1855, l' amm. del registro, Dev., 1856, II, 10; Paillard de Villeneuve, *Gazzetta de' Tribunali* del 24 marzo 1855; Gabriele Demante Il *Diritto*, del 4 aprile 1855, decis. C. di Angers 9 gen. 1856. Decré, Dev., 1856, II. 77; Troplong, *Delle donaz. e de' test.*, t. 1, prefaz, p. CXLI).

cioè *il rende ed il forma possessore* (*eod. loc.* p. 159).

, Paolo di Castro affermava del pari.... *haeres succedit in possessionem defuncti, quae transfertur in eum sicut et dominium* (*ad leg.* 30, ff. *de adquir. possess.*), e Tiraquello nel suo *Trattato* della nostra regola.*il morto impossessa il vivo*, non è meno esplicito, *mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione* . . . ; *senza ministero di fatto*, dichiarava altresì la consuetudine di Normandia (art. 235).

Or è manifesto che questo medesimo possesso immediato e spontaneo presenta ancora in tale epoca, il carattere di una finzione, sotto un duplice rapporto, sia perchè il possesso di sua natura non puossi acquistare senza la fisica occupazione della cosa; sia perchè lo impossessamento comunque in avvenire sgombro da ogni formalità,andava nondimeno sempre riguardato necessario, e reputavasi seguire fra il morente e l'erede.

127. — Dunque l'apertura della successione era, nelle nostre antiche consuetudini,una delle cause dello impossessamento.

Ne venivano annoverate eziandio due altre, cioè la occupazione e la tradizione di fatti.

In caso di occupazione lo impossessamento acquistavasi dietro il possesso di un anno ed un giorno, pacifico, pubblico ed a titolo non precario.

Relativamente alla tradizione, in caso di alienazione volontaria, consisteva precisamente nella investitura feudale :

« Val dire quando il signore fondiale attribuisce il possesso a causa di vendita, permuta, donazione, alienazione o altro titolo:*quia facti traditio saisinam generat et inducit* ... » (*Grande consuetudinario*, lib. II; cap. XXI, *De'casi di novità*).

Ma, eziandio in caso di alienazione volontaria, la necessità di prendere possesso disparve insensibilmente. È vero che talune consuetudini, più lige, dice Denizart, all' antico diritto della nazione, ne conservarono il genio, e richiedevano la solennità del *vest* e *devest*, della *dessaisine* (spossessamento) e della *saisine* (impossessamento), le une per l'acquisto del diritto di proprietà, le altre per l'acquisto di tutti i diritti reali; e precisamente per ciò denominavansi particolarmente queste *consuetudini di pegno* (Denizart, v°. *Impossessamento*; Merlin, *Rep.*, *v°. Pegno*); ma per contrario se ne dipartirono nella maggior parte le altre consuetudini; e lo impossessamento feudale, da necessario che era dapprima, divenne primamente facoltativo; *non prende possesso chi non vuole*, dichiarava fra le altre la consuetudine di parigi (art. 82); e *in Orleans*,scriveva pure Pothier,*questo impossessamento non è in uso* (*Trattato de'censi*, capitolo 1, sez. III, § 5).

128.—Relativamente al possesso ereditario, veniva ammesso in quasi tutte le consuetudini, eziandio fra quelle che imponevano la necessità *delle opere della legge* pel trasferimento de'diritti dominicali.

Ed esso costituiva tanto il diritto comune di tutta la Francia, in quanto che era stato accolto del pari nello provincie di diritto scritto. . . *etiam in his provinciis quæ juris scripti usum habent* (Paolo di Castro, *ad leg.* 30. ff. *de adquir. possess.*; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. II).

Se non che tale impossessamento non procede dal diritto romano, avendo noi già dimostrato la sua origine francese. È vero che potrebbesi discoprirne il primo genere nel modo della trasmissione della eredità romana agli eredi suoi e necessari (Inst., *de hæred. qualit. et diff.*, § 2; *de hæredit. quæ ab intest.*, § 3); ed altresì, mercè di tal mezzo, i giurisperiti del medio evo giunsero a sottrarre dapprima alle feudali esigenze le successioni in linea diretta discendentale. Ma nulladimeno è uopo confessare che il diritto romano non ha effettivamente conosciuto il nostro possesso ereditario; dappoichè, eziandio circa gli *hæredes necessarii*, a prescindere dal non essere eredi *a die mortis*, ma sol qando era indubitato non esservi erede testamentario, non succedevano in verun caso immediatamente nel possesso medesimo avuto dal defunto (confr. Gaio, *Inst.*, com. IV, § 34; Pothier su l'art. 301 della cons. di Orleans, nota 3; Savigny, *del Possesso*, p. 285). Questa verità diviene anche più manifesta riguardo agli eredi *extranei*, ed a'successori cui il pretore accordava i *bonorum possessiones*, i quali nulla trasmettevano prima dell'adizione della eredità (o di ottenere il pretorio possesso di beni), ed i quali, eziandio dopo l' adizione di eredità, non avevano ancora il possesso: « Quum hæredes instituti sumus, adita hære« ditate, omnia quidem jura ad nos transeunt; « possessio tamen, nisi naturaliter compre« hensa, ad nos non pertinet. » (L. 23, princ.; ff. *de adq. vel amitt. possess.*, § 8; Inst. *de hæred. qualit et diff.*, § 5; *de bon. possess.*, § 8; L. 1, Cod., *de his qui an-*

te apert. tab.; L. 19, Cod., *de jure deliber.*)

129.—Precisamente perchè la nostra massima *il morto impossessa il vivo* era assai poco unisona alle idee romane, i francesi giureconsulti, educati alle tradizioni del diritto romano, non l'adottarono, se fosse lecito così parlare, pienamente e francamente col carattere che le apparteneva e con tutta l'ampiezza delle conseguenze che dovevano discenderno; e non dubitiamo in quanto a noi, che non sia questa l'origine e la cagion prima delle difficoltà e delle stiracchiature su tal subbietto che dobbiamo tuttor combattere (*infra*, numero 135).

Di fatti sin da questa epoca si pretese che lo impossessamento non doveva ritorcersi contro l'erede; e dal permettere le consuetudini la rinunzia e dallo avere aggiunto alla regola il *morto impossessa il vivo* l'altra regola *non è erede chi non vuole* si volle inferire che la sola accettazione o immissione rendeva erede il successibile, e sino allora tutto rimaneva in sospeso (confr, Lebrun, delle *Success.*, lib. III, cap. 1, n. 36; ved. pure, Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. II); e questa tesi aveva pure trovato posto nella compilazione o revisione di alcune consuetudini (Confr. di Poitou, art. 278; *Placiti di Normandia*, articolo 43).

Ma per contrario altre consuetudini positivamente dichiaravano che « nessuno può dichiarare non essere erede di qualcuno; ove non ripudii e rinunzii espressemente alla eredità. » (Cons. di Marche, art. 56; di Alvergna, cap. XXII, art. 54).

E ci pare indubitato che cotesta dottrina era, sin da tale epoca, la sola unisona a' veri principî del possesso ereditario (*infra*, numero 135).

130.—I precedenti sviluppamenti ci hanno sufficientemente svelato il senso delle espressioni adoperate nell'art. 724—645:

« L'immediato possesso passa *ipso jure negli eredi legittimi* . . . »

È questo l'antico impossessamento francese sancito dal novello legislatore, dispogliandolo semplicemente della finzione rinvenuta nella sua formola. Non più il *morto* reputasi impossessare il *vivo*, si bene la legge stessa, la quale *ipso jure* e di sua assoluta autorità *impossessa* gli eredi da essa chiamati.

È tal finzione di un impossessamento trasmesso dal morto al vivo era di fatti tanto più inutile che non richiedevasi più nell' uno la volontà di trasmetterlo che nell'altro la volontà di riceverlo; talchè il possesso trasmettevasi dallo incapace allo incapace, minore o insensato, ed il *morto* stesso non avrebbe potuto ostarvi con la manifestazione di una opposta volontà (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. II).

Il novello legislatore spiritualizzando così affatto il principio della trasmissione ereditaria, lo poneva altronde in armonia col principio generale, che inaugurava intorno alla trasmissione de' beni; statuendo che la proprietà verrebbe trasferita per solo effetto dell'obbligo a prescindere da ogni tradizione (articolo 711, 1138—632, 1092; *supra*, n. 2, 3). Non pertanto è da riflettere che il possesso ereditario ha sempre conservato, eziandio nel nostro odierno diritto, un carattere speciale, dappoichè la trasmissione de' beni per successione non è stata giammai sottoposta alle esterne formalità, come la trascrizione richiesta nella legislazione intermedia (art. 26 della legge del dì 11 nebbioso anno VII), e che la nuova legge del 23 marzo 1855 richiede ancora oggidì (art. 1, 2).

131.—B. A credere degli antichi autori, di cui i nostri moderni scrittori hanno generalmente seguitato la opinione su tal punto, il possesso ereditario dovrebbe produrre quattro principali effetti, cioè:

1°. L'acquisto immediato da parte dell'erede, *a die mortis*, della proprietà o di tutti i diritti pertinenti al defunto;

2°. L'acquisto, immediato altresì, del possesso medesimo, senza alcun fatto di occupazione:

3°. La trasmissibilità del diritto ereditario; talchè l'erede anche quando fosse sopravvissuto un momento al *de cujus*, ed avesse ignorato la morte, trasmette nella eredità sua la eredità da lui acquistata (art. 781—698; *supra*, n. 86);

4°. La continuazione della persona del defunto da parte dell' erede, il quale diviene così esso medesimo proprietario, creditore e debitore di tutto ciò di cui il defunto era proprietario, creditore e debitore; e conseguentemente l'obbligo indefinito, per l'erede, del pagamento de'debiti ereditari *ultra vires*.

È incontrastabile che queste quattro proposizioni sieno applicabili all' erede legittimo.

Ma sono forse tutte indistintamente effetti dello impossessamento? Non è del tutto indifferente il conoscerlo; dappoichè, se esse ne derivassero, bisognerebbe statuire:

Da un lato, che sono applicabili a tutti coloro i quali hanno il possesso;

E d'altro lato, che esse non risguardano per contrario alcun di coloro che non l'anno.

Or queste due proposizioni sarebbero gravissime; e l'ultima, come ravviseremo, sarebbe pure pienamente inamissibile.

432—Su tal quistione se le quattro regole testè fermate sieno effettivamente conseguenze dello impossessamento, non crediamo potersi rispondere in modo assoluto: è a parer nostro, necessario distinguere le epoche, e non confondere il possesso germanico o feudale nella sua origine, ed eziandio ne' suoi sviluppamenti a traverso i tempi antichi; col possesso attuale, come l'han considerato i compilatori del Codice Napoleone.

E primieramente, circa l'acquisto immediato e la trasmissibilità del dritto ereditario, si inchinerebbe sommamento a ravvisarvi due effetti del possesso legale, se pongasi mente che questi due effetti venivano negati all'erede esterno de' Romani, precisamente perchè la devoluzione non seguiva immediatamente a suo pro, e la eredità acquistavasi da lui solo mercè la sua adizione (*supra*, n. 420).

Questo cenno parrebbe tanto più esatto, in quanto che, risguardando il possesso nel diritto germanico e nelle instituzioni feudali si scorge di fatti produrre questa duplice conseguenza e trasmettere congiuntamente il diritto di proprietà ed il possesso (confr. Paolo di Castro, *ad .eg.* 30, ff. *de adquir. possess.*, Chauffour, *Rivista di legisl.*, 1847, t. VIII, p. 80, 93—95; flureaux, *Rivista critica di legisl.*, 1856, t. VIII. p. 344.)

Ma è da rispondere ora a ciò:

I successori irregolari (nè i legatari) non vengono impossessati; e conseguentemente se sono questi due effetti del possesso legale, bisognerà negarli loro, e sostenere che essi non acquistano la eredità (o il legato) *a die mortis*, e che non la trasmettono a' loro eredi prima di avere essi medesimi ottenuta la immessione in possesso o il rilascio.

Or cotesta dottrina torna impossibile: l'art. 1014 — 968 dichiara eziandio positivamente che il legato dà al legatario, dal giorno della morte del testatore, un diritto sulla cosa legata trasmissibile a' suoi eredi o aventi causa dal medesimo; ed abbiamo dimostrato (*supra*, n. 406) come tantosto pur dimostreremo (*infra*, n. 456), avvenir così de' successori irregolari.

Questa ultima proposizione viene ammessa dagli stessi autori i quali insegnano che l'acquisto immediato del diritto ereditario e la trasmissibilità sono effetti del possesso (Duranton, t. VI, confr. n. 54, 55 e 63; Toullier, t. III, n. 82 e 90; Chabot su l'art. 724, n. 10; Marcadè *eod. loc.*; Zachariae, Aubry e Rau; t. IV, p. 238.)

Ma è manifesto esservi in ciò contraddizione; e Duvergier l' ha con fondamento osservato (sopra Toullier, *loc. supra*, nota *a*).

Dunque è forza confessare che i compilatori del Codice Napoleone non hanno attribuito allo impossessamento medesimo questo duplice effetto dell'acquisto immediato e della trasmissibilità del diritto ereditario.

« *La proprietà*, diceva Jaubert nel suo rappor' Tribunato, *è cosa ben diversa dal possesso*. (Locrè, t. XI, p. 490).

Ciò che potrebbesi affermare semplicemente, e ciò che puossi, a creder nostro, asseverare con alquanta esattezza si è esservi due specie di possesso: l'una di proprietà; l'altra di semplice detensione, ed unicamente questo ultimo possesso viene negato a' successori irregolari, come dimostra l' art. 724, il quale risguarda la sola immissinne *in possesso*.

432 *bis*. — Similmente è forse ben fondato il considerare quale effetto del possesso legale la continuazione, da parte dell' erede, della persona del defunto e l'obbligo di pagare i debiti ereditari *ultra vires*?

Il vero si è, che è questo un effetto della stessa qualità di erede e non dello impossessamento. La confusione fattasi da sì lungo tempo all'obbietto è provenuta indubitatamente dal perchè il possesso, applicandosi all'erede, si sarà attribuito al possesso medesimo ciò che è un effetto dello stesso titolo di erede, quante volte tal titolo si acquisti, qualunque sia altronde il modo onde si acquisti. Ma nella purezza del principio, se l'erede è tenuto dei debiti *ultra vires*, la ragione si è essere erede e rappresentante del defunto; e non già trovarsi impossessato di pieno diritto.

E la prova si è che l'erede *extraneus* de'Romani, il quale conseguiva l'eredità solo mercè l'adizione, era sempre, seguita l' adizione, ed eziandio retroattivamente, il rappresentante della persona del defunto, *ac si continue sub tempore mortis haeredes extitissent*. (L. 193, ff. *de reg. iur.*; L. 54 ff. *de adquir. et omitt. haered.*)

Inoltre potrebbesi osservare che l' obbligo di pagare i debiti *ultra vires* era tanto meno, in origine, un effetto dello stesso possesso, in

quanto che a norma dell'antico diritto germanico, l'erede comunque investito del possesso, non rispondeva indefinitamente di tutti i debiti del defunto (confr. analisi di un articolo del professore Renard fatta da Chanffour, *Rivista di legisl.*, t. II, p. 81 e 366.)

Ma la influenza del diritto romano non indugiò ad introdurre in Francia il principio della successione universale, dell'*unitas personae*; e precisamente da quel tempo, scorgendo congiunti nello stesso subbietto il possesso e l'obbligo di pagare i debiti *ultra vires*, invalse l'usanza di dire che quest'obbligo derivava dal possesso ereditario.

Fu questa la dottrina professata da' nostri antichi autori (confr. Pothier, *delle success:* cap. III, sez. II.)

E tale parrebbe altresì essere stato il pensiero de' compilatori del nostro Codice nell'art. 724.

Dalle quali cose si è inferito che il nostro Codice considerando l'obbligo di pagare tutti i debiti del defunto come conseguenza del possesso, ha inteso indubitatamente far produrre tal conseguenza al possesso medesimo, quante volte l'abbia conceduto, come nel caso contemplato dall'art. 1006, in cui dichiara che il possesso passa *ipso jure* ed immediatamente nel legatario universale (confr. Demante, t. III, n. 24 *bis*. II e III).

Tal conclusione ci parrebbe eziandio effettivamente ben dedotta. Ma noi non vi rannodiamo, da parte nostra, grave importanza; dappoichè, a creder nostro, la rappresentazione del defunto e l'obbligo di pagare i debiti ereditari *ultra vires* non derivano, come dimostrammo, dal possesso legale; ed eziandio sotto l'impero del nostro Codice son quelli sempre effetti della successione *in universum jus defuncti*; talchè chiunque, impossessato o pur no legalmente, diverrà successore universale o a titolo universale del defunto, sarà tenuto personalmente, per lo effetto stesso di questa qualità, appena l'avrà acquistata, di pagare, eziandio *ultra vires*, i debiti ereditari per tutto o per la sua porzione (art. 871, 873, 1006, 1009, 1013—792, 794, 932, 935, 967).

Del resto è questa una proposizione di cui non dissimuliamo la gravezza, ma che tantosto dimostreremo (*infra*, n. 160).

133. — Finalmente rimane un ultimo ed importante effetto del possesso, per noi testè accennato (n. 131), cioè l'acquisto istantaneo, fatto dall'erede, del possesso medesimo pertinente al defunto.

Oh! questa è cosa ben diversa! è dessa veramente l'effetto proprio e caratteristico del possesso legale ereditario.

Ed ecco le tre proposizioni racchiusevi:

1.° L'erede può immediatamente dopo l'apertura della successione, e senza alcuna formalità o intervento del magistrato, nè di un terzo, immettersi, di propria autorità, in possesso de' beni; o piuttosto la legge medesima, *di pieno diritto*, ed ancorchè ignorasse l'apertura della successione e la sua chiamata ereditaria, lo investe della eredità; essa non lo invita semplicemente a venirvi, ad entrarvi... *ad... ire*; essa fa molto più! essa ve lo trasporta! essa lo colloca in mezzo alla stessa successione!

2.° Conseguentemente l'erede può *hic et nunc*, esercitare tutte le azioni che il defunto poteva sperimentare, e nel modo stesso onde poteva esercitarle, senza esser tenuto di somministrare mezzi nè pruove diverse da quelle che si sarebbero potute richiedere dal defunto (confr. arresto C. cass. 7 marzo 1826, Sombret, D., 1826, I, 269).

Tutte le azioni, noi diciamo, personali o reali, mobilari o immobiliari, petitorie o possessorie.

Eziandio le azioni possessorie; e ciò soprattutto è da notare! dappoicchè il possesso, come diceva su questo subbietto Pothier, è una cosa di fatto, e che non può acquistarsi senza occupazione (*delle succes.*, cap. III, sez. II). Ma la ragione si è che il possesso del defunto diviene istantaneamente *il* possesso dello stesso erede che gli succede; il che suppone altronde che il defunto aveva acquistato un possesso suscettivo di generare l'azion possessoria; che egli non l'aveva perduto, e che neppure l'erede l'ha lasciato perdere dopo la morte.

3°. Da ultimo, per altra conseguenza, l'erede, il quale può agire contro i terzi debitori e possessori, può reciprocamente esser convenuto in giudizio da' terzi, creditori, legatari o altri, i quali avessero azioni da sperimentare contro la eredità: può, diciamo, esser convenuto in giudizio nella sua qualità di erede, e condannato come tale, salvo nondimeno la facoltà a lui pertinente di opporre la eccezione dilatoria de' tre mesi per formare inventario, e de' quaranta giorni per deliberare (articolo 797, 800—744, 747).

133 *bis*.—A norma dell'art. 724—645 gli eredi sono in obbligo *di soddisfare a tutti i pesi ereditari*.

Ma è a dire de'*pesi* lo stesso che de'*diritti*; e ciò può applicarsi a pesi *trasmissibili*, e non mai a quelli che estinguonsi per la morte del debitore, come, a cagion di esempio, una rendita vitalizia (*infra*, n. 140).

134.—L'erede può altresì rinunziare; avvegnachè è antica massima *non esservi eredi necessarî per diritto francese* (Delalande, su la cons. di Orleans, t. II, p. 89, n. 2). Laonde le nostre consuetudini, mentre dichiaravano che *il morto impossessa il vivo*, proclamavano l'altra regola *non essere erede chi non vuole* (Loysel, *Inst. cons.*, regola 318, ediz. Dupin e Laboulaye, t. I, p. 348).

Quindi, nel tempo stesso che l'art. 724 dichiara che *negli eredi legittimi passa ipso jure l'immediato possesso de'beni*, l'art. 775—692 soggiugne che *nessuno è tenuto ad accettare un'eredità che gli sia devoluta*.

Val dire che l'erede impossessato può spogliarsi del possesso mercè la rinunzia, cioè per conservare la figura che abbiamo testè adoperata (*supra*, n. 133), che la legge, dopo avere posto l'erede in mezzo alla eredità, ne lascia, se posso osare esprimermi così, la porta aperta, non perchè possa entrarvi (avendovelo essa medesima trasportato!), ma perchè possa, se voglia, uscirne! val dire affinchè il possesso gli venga attribuito, sotto condizione, *risolutiva* soltanto, della sua rinunzia. (*Ved.* il nostro t. II, n. 257, p. 327).

135.—Nulladimeno dobbiamo affermare che questa dottrina non è unanimemente accolta.

Parecchi insegnano per contrario che il possesso viene attribuito all'erede solo sotto la condizione *sospensiva* della sua accettazione (arg. degli art. 775 e 777—692, 694).

È vero che i due sistemi produrranno finalmente gli stessi risultamenti, appena l'erede avrà accettato o rinunziato; dappoichè ogni condizione, sia sospensiva, sia risolutiva, avendo, quando siasi avverata, un effetto retroattivo (art. 1179, 1183—1132, 1136), lo effetto dell'accettazione (art. 785—702), o della rinunzia (art. 777—694), dovrà, in tutti i sistemi, principiare dal giorno dell'apertura della successione.

Ma è del pari importante determinare di qual natura sia qui la condizione, sotto la quale il possesso viene attribuito all'erede, se sia sospensiva o semplicemente risolutiva.

Di fatti è da sapere quale sia la situazione dell'erede medesimo, fino a quando non abbia ancora nulla dichiarato nè fatto, nè accettato, nè rinunziato! e la importanza di questa tesi si svela sopratutto nelle due seguenti quistioni:

1°. In tale stato puossi forse convenire in giudizio e far condannare l'erede, in questa qualità, senza essere obbligato di provare aver fatto un atto di accettazione? o per contrario è necessario provare essersi egli medesimo renduto erede con atto di accettazione?

2°. Se l'erede sia rimasto pel corso di trenta anni in tale stato d'inazione, che mai avverrà? e quale è il suo stato?

Non è qui il luogo nè il momento d'intrattenersi intorno a queste due difficoltà, le quali verranno discusse in prosieguo nel luogo opportuno.

Nondimeno è impossibile il non fermare, fin da ora, il principio che dovrà servirci a rimuoverle; dappoichè precisamente su tal principio poggia essenzialmente, a creder nostro, lo stesso possesso ereditario.

Ebbene! dunque si è preteso da lungo tempo che il possesso era in sospeso fino a quando l'erede non avesse accettato, nè rinunziato; e che, siccome erasi introdotto a suo pro, non doveva ritorcersi contro di lui.

È questa la tesi che si sosteneva già riguardo all'erede suo del diritto romano, il quale, come è noto, poteva esimersi da'pesi ereditarî mercè il benefizio dello *astenersi* (Inst. di Giust., *de hæred. qual. et diff.*, § 2); e moltissimi dottori pretendevano che spettasse ai creditori ereditarî i quali agissero contro l'erede suo, il dimostrare avverso di lui che non erasi astenuto *ab hæreditate* e che vi si era immischiato (Menochio, *Prescriz.* 4, p. 99; Illigero sopra Dovello, lib. VII, cap. II, nota 20; Voet *ad Pandect. de adq. vel amitt. hæredit.*, n. 7); mentre altri per contrario insegnavano che il creditore attore nulla doveva provare, o che spettava all'erede suo il dichiarare di astenersi; per modo che, fino a quando serbava silenzio, rimaneva erede: *filius, ergo haeredes!* (confr. Averani, *Interpret. juris*, lib. I, cap. IX; Merlin, *Quist. di dr.*, v. *Erede*, § 1; arresto C. cass. 24 fiorile anno X, Saint-Martin).

La medesima tesi altresì venne propugnata nel nostro antico diritto francese, e viene pure sostenuta nel nostro novello diritto, riguado al nostro erede impossessato.

Non bisogna, diceva Lebrun, ritorcere contro di lui il possesso (*delle success.*, lib. III, cap. 1, n. 36); e lo stesso Pothier, alquanto titubante su tal punto, dopo avere insegnato che il possesso fa acquistare la eredità all'ere-

de medesimo *ignorans*, e che la volontà sua non vi è necessaria, scriveva nondimeno, dopo di ciò, che lo impossessamento dell' erede fermato dalla massima *il morto impossessa il vivo*, rimane in sospeso sino a che l'erede abbia scelto di accettare o rinunziare alla eredità (*delle Success.*, cap. III, sez. II).

Ed ancora, sotto l' impero del nostro Codice, si è insegnato *che fra la persona che accetta una eredità e quella che vi rinunzia, evvi uno stato intermedio; e che tale stato è quello della persona che si astiene dal toccare i beni ereditari, e che non accetta nè rinunzia... E che deve far allora*, dicesi, *il creditore? Deve astringere l'erede mantenutosi in siffatto stato di riservatezza, ad assumere positivamente qualità; ed allora dilemma: o l'erede accetta o rinunzia: se accetta, il creditore avrà validamente agito contro di lui*:, ec(Troplong, *Riv. di legisl.*, 1836, p. 181 e 193).

Ma cotesta teorica ci sembra affatto opposta a' testi medesimi della legge, del pari che ai principi onde quei testi sono la manifestazione:

1.° A norma dell'art. 724 *negli eredi* legittimi passa *ipso jure* l'immediato possesso dei beni, diritti ed azioni del defunto, *coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari*.

Negli *eredi*, dichiara il testo in esame. Dunque precisamente a questo titolo i parenti chiamati alla successione vengono impossessati: dunque questo titolo è loro impresso dalla legge medesima *ipso jure*, a prescindere da ogni accettazione da parte loro.

Coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari. Dunque tale obbligo applicasi agli eredi come lo stesso possesso, cioè *ipso jure*, e senza esser necessario che abbiano accettato; dappoichè non pare dubbioso che, aggiungendo la frase medesima nell' articolo in esame, il quale sancisce se possiamo così esprimerci, lo effetto passivo del possesso legale, gli autori del Codice Napoleone abbiano voluto proscrivere l' antica dottrina, a norma di cui il possesso, dicevasi, non doveva ritorcesi contro l'erede.

2.° L'art. 785 trovasi, sotto ogni rapporto, in armonia con l' art. 724, disponendo che:

« L'erede che rinunzia *è considerato* come se non fosse stato mai erede ». Precisamente perchè era erede fino a quando non avesse rinunziato, dovevasi supporre e fingere non esserlo stato; *è considerato*, dichiara il testo in esame, non essere stato mai erede. Ecco la condizione *risolutiva* del possesso!

Invocasi in contrario l' art. 777 — 694, il quale per contrario dispone che:

« L' effetto dell'accettazione si retrotrae al « giorno in cui si è aperta la successione. »

Dalla qual disposizione è da inferire, che l' erede non reputavasi accettare sin da tale epoca, dappoichè, unicamente mercè la sua accettazione, questo effetto ha luogo retroattivamente.

Noi opiniamo che in tutti i sistemi devesi ammettere che questi due articoli 785 e 777 racchiudano una vera antinomia dottrinale, e la verità si è che parrebbero appartenere a due diversi sistemi di legislazione Imperocchè, se la rinunzia produce la risoluzione *in praeteritum* della qualità di erede, la ragione si è ad evidenza che questa qualità esisteva, a prescindere da ogni accettazione, sin dal giorno dell' apertura della successione; e se esisteva indipendentemente dall' accettazione, ad evidenza l' accettazione non la fa risalire a questa epoca. Dunque il Codice qui racchiude la traccia delle antiche ripulse che il principio del possesso ereditario incontrò un tempo appo i giureconsulti francesi, e delle contraddizioni che ne emersero, di quelle contraddizioni da cui la mente, sempre perspicace dello stesso Pothier, non seppe preservarsi (confr. *supra*, n. 129).

Dunque è uopo scegliere fra la dottrina stabilita dall' art. 777 e quella fermata dall' art. 785: or questa scelta non è, a parer nostro, malagevole; avvegnachè tutti gli altri articoli del Codice ed i più essenziali principî di questo subbietto proclamano la vera teorica del nostro diritto rinvenirsi nell'art. 785.

3.° Abbiamo già citati gli art. 724 e 785. È uopo aggiungervi altresì il testo unisono dell'art. 784, il quale dichiara che la *rinunzia ad una eredità non si presume*, e degli art. 797 ad 800—714 a 717, come pure dell'art. 174 C.pr. 268, da cui risulta che l'erede impossessato può esser convenuto in giudizio in questa qualità sin dal momento dell' apertura della successione (salvo semplicemente l'applicazione dell'art. 877—797, il quale è altronde esso medesimo una conseguenza del possesso di pieno diritto); se l'erede convenuto in giudizio non opponga la eccezione dilatoria de' tre mesi e quaranta giorni, ed in tutti i casi, dopo il trascorrimento di questo termine, se non abbia rinunziato o almeno accettato col benefizio dello inventario, verrà condannato quale erede puro e semplice; e ciò, ripetiamolo, senza che il creditore istante abbia

a dimostrare aver l'erede fatto un atto di accettazione. Dunque è mal fondato il sostenere, come si è praticato (Troplong, *supra*), che l'unico diritto del creditore della eredità si è lo *astringere l' erede ad assumere qualità*:dunque la legge, permettendo che l'erede venga condannato, eziandio in contumacia, come erede puro e semplice, prima di avere accettato,proclama esser questa qualità di fatti la sua a prescindere da ogni accettazione;dappoichè diversamente le conclusioni dell'attore avverso l'erede convenuto in giudizio *in questa qualità*, quando l'erede convenuto si rende contumace, non sarebbero *giuste* o *ben verificate* come debbono esserlo a norma dell'art. 150C. pr.: or per contrario lo sono al cospetto della legge dappoichè l'erede può venir condannato come tale, anche quando si renda contumace.

4.° Ecco la teorica del possesso ereditario, come trovasi costituita da' testi medesimi del nostro Codice.

E questi testi sono perfettamente unisoni ai veri principî, all' obbietto ed allo scopo della istituzione del possesso legale. È collocarsi in un punto di veduta troppo angusto il pretendere che il possesso sia stato introdotto unicamente nello interesse dell' erede, e che non deve ritorcersi contro di lui. Stabilito dapprima è vero, nello interesse, in certa guisa privato, della proprietà, per sottrarla alle esigenze feudali, il possesso ereditario ha assunto di poi, a traverso de' tempi, un altro carattere; ed esso si è elevato al grado in cui presentemente si trova, cioè all'altezza di una pubblica istituzione. *Il re è morto, viva il re!* dicevano i nostri maggiori, per preservare lo Stato dalle commozioni di un interregno e da'pericoli di una lacuna nel governo della società (confr.Loisel, *Inst. cons.*, reg. 21, ediz. Dupin e Labonalaye Phillips, *Rivista* di Savigny, t. VII, p. 20). Il nostro possesso ereditario non è altra cosa! Nel diritto privato, ha per obbietto altresì di conservare la tradizione de' patrimonî e delle famiglie, ed impedire, in ogni decesso, la sospensione e lo interrompimento di tutti i rapporti, attivi e passivi, del patrimonio del *de cujus* co' terzi. Dunque il possesso legale, a dir vero, non giova nè nuoce all' erede: indubitatamente offre a lui notabili vantaggi; epperò non è ingiusto che egli soggiaccia agli inconvenienti che ne sono inseparabili. Ma il vero si è che esso è giovevole nello interesse di tutti, se è lecito cotesto linguaggio, cioè degli eredi, de'creditori o altri interessati, e dello stato medesimo.

Dunque conchiudiamo che l'erede, posto dalla legge, sin dal giorno della morte, in mezzo della eredità, è erede finchè vi rimane;

Che in tale stato, e rimanendo aperta la porta dell' eredità, può:

Sia egli stesso volontariamente chiudervisi, e porsi così in avvenire nella impossibilità di uscirne: è questa l' accettazione;

Sia uscirne, ben inteso con le mani vuote, e senza nulla appropriarsi (art. 792, 801 — 709, 718,): è questa la rinunzia.

Ecco in qual senso il possesso va subordinato all'accettazione o alla rinunzia; nel senso che l' accettazione lo conferma ed il rende irrevocabile, senza nulla aggiungere al titolo, nè a' diritti ed alle obbligazioni esistenti in testa dell' erede; mentre per l'opposto la rinunzia ne produce retroattivamente la risoluzione.

Se dunque l'erede nulla abbia dichiarato, nè fatto, nè accettato, nè rinunziato, rimane ciò che la legge l'ha creato,val dire erede; rimane dove la legge l' ha posto, val dire in mezzo della eredità.

« In Francia, diceva Stefano Paquier, la sola astinenza non basterebbe per non essere dichiarato erede; oltre di essa, è uopo di espressa rinunzia. » (Interpetraz. delle Istituta di Giust., lib. II, cap. CVI.)

Presentemente ancora non potrebbesi meglio conchiudere (*ved.* il nostro t. II, n. 257; decis. C. di Riom 1 feb. 1847, Aulagne; e di Parigi 3 feb. 1848, Barrè, Dev., 1848, II, 257, 262; confr. Demante, t. III, n. 24 *bis*; VI.VII. Ducaurroy,Bonnier e Roustaing, t. III. n. 413.)

436.— Precisamente perchè il possesso ereditario è, sotto alcuni riguardi, di ordine pubblico, viene attribuito dalla legge *di pieno diritto*; talchè lo stesso autore della eredità non può privarne i suoi eredi (confr. art. 273 della cons. di Poitou; Potiher, *delle success.*, cap. III, sez. II).

Di fatti tale è la regola.

Ma tal regola soggiace a due eccezioni, cioè:

1.° Nel caso contemplato dall' art. 1006— 932,quando il defunto, non lasciando erede riservatario, abbia istituito un legatario universale;

2.° Nel caso contemplato dall' art. 1026 — 981, il quale permette al testatore attribuire pel corso di un anno ed un giorno, a princi-

piare dal dì della sua morte, il possesso di tutti o parte de' suoi mobili ad un esecutore testamentario.

Ed ancora osserveremo dappoi (nel comento su l'art. 1026) che l'esecutore testamentario effettivamente è un semplice depositario, un consegnatario, il quale possiede unicamente in nome dell'erede; per modo che questa specie di possesso attribuitogli non osta assolutamente al vero possesso dell'erede: tanto precisamente esprimeva Molineo: «... Haec consuetudo non facit quia haeres non sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor potest ipse manum ponere et apprehendere; ... et etiam non est verus possessor, et nisi ut procurator tantum. » (Cons. di Parigi, art. 95, n. 10 ed 11; agg. Ricard, *delle Donazioni*, part. II, n. 71 e seg.)

Ecco perchè altresì Pothier insegna che *l'esecutore testamentario non possedendo i beni se non in nome dell'erede, è manifesto che non può sperimentare contro di lui l'azione di turbativa* (*delle Donazioni test.*, cap. v, sez. 1, art. 2, 54).

137. — È uopo ancora far qui menzione, quale effetto, indubitatamente più remoto, ma derivante nondimeno eziandio dal possesso ereditario dell'altra regola del nostro antico diritto francese, riprodotta nell'art. 883 — 803 ne'seguenti termini.

« Ogni erede è ripututo solo ed immediato « successore in tutti gli effetti componenti la « sua quota, a lui pervenuti come maggiore « offerente, e che non abbia giammai avuta « la proprietà degli altri effetti ereditari. »

Ben presto ravviseremo che queste due massime del tutto francesi del possesso ereditario e dello effetto dichiarativo della divisione, procedono l'una dall'altra; e quindi si è potuto affermare con sommo fondamento che « il carattere dichiarativo della divisione è lo sviluppamento logico e l'ultimo termine della massima *il morto impossessa il vivo* » (De Valrager, *Rivista di diritto franc. e stran.*, 1850, p. 120).

138. C. — A quali beni va applicato lo immediato possesso?

Negli eredi leggittimi, dichiara l'art. 724 — 645, l'immediato possesso *de' beni, diritti ed azioni del defunto* passa *ipso jure* ... »

Tal formola, nel suo medesimo pleonasmo (dappoichè un solo di questi tre vocaboli sarebbe stato sufficionte, e sarebbe anzi più grammaticale il dichiarare semplicemente trovarsi impossessati di tutti i beni) dimostra che il possesso comprende tutti i valori ereditari, mobili o immobili, corporali o incorporali, tutto ciò che da ultimo apparteneva al defunto o veniva semplicemente posseduto da lui.

139. — Lo immediato possesso applicasi eziandio a quelli fra tali beni la cui proprietà viene trasmessa a *die mortis*, a persone diverse dagli eredi legittimi, sia in forza della legge, sia in virtù della volontà del defunto.

Laonde, da un lato gli eredi legittimi, in concorso con figliuoli naturali del *de cujus*, rimangono sempre impossessati di tutti i beni ereditari, salvo a'figli naturali il formare contro di essi una dimanda di divisione e di rilascio (confr. art. 723, 724, 757 — 644, 645, 674; Ducaurray, Bonniere, Roustaing, t. II, n. 507).

D'altro lato i legatari particolari ed i legatari a titolo universale sono similmente in obbligo di dimandare il rilascio agli eredi leggittimi, cui tale specie di disposizioni neppure ostano di venire impossessati di tutti i beni ereditari (confr. art. 724, 1004, 1011, 1014, 645, 930, 965, 968).

E ciò dimostra che il possesso *ipso jure*, nella sua speciale significazione, differisce dalla proprietà, che somiglia al semplice possesso (*supra* n. 133); dappoichè ravvisiamo il duplice fenomeno, cioè che chi ha la proprietà non ha il possesso; mentre chi ha il possesso immediato non ha la proprietà.

Del resto osserviamo che il possesso immediato, attribuito all'erede legittimo, de'beni devoluti a successori irregolari o a legatari, è meramente provvisorio, ed effettivamento è di alquanto mediocre importanza.

Si è poggiata su due motivi tale investitura, nella persona dell'erede, di tutta la eredità, riguardo a'successori irregolari ed a'legatari: da un lato su la deferenza dovuta all'erede del sangue, su la pubblica onestà, su la decenza, le quali richieggono che non sia spogliato se non dopo aver potuto esaminare ed oppugnare il titolo che annichili i suoi diritti; e d'altro lato, quando sia riservatario su la necessità di garentire la sua riserva, la quale potrebbe correre pericoli, qualora tutti beni si conseguissero immediatamente da' legatari (confr. Bigot-Préameneu, Tranelet, Locré, t. XI, p. 247, 253 e 404).

Ma finalmante è questo un possesso affatto momentaneo, il quale, salvo, in alcuni casi, la ritenzione de' frutti (art. 1015 — 969), compiutamente cancellasi *in praeteritum*,

una volta fatto il rilascio a'successori irregolari o a' legatari, i quali vengono allora considerati esser succeduti al defunto senza persona intermedia (*infra*, n. 155 e seg.)

140. — Nondimeno è da riflettere che il possesso, ad onta della sua generalità comprensiva, non potrebbesi applicare :

1.° A' diritti o beni, i quali, per loro natura, non sono trasmissibili o trovansi estinti in testa del *de cujus* (*supra*, n. 133 *bis*), come la rendita vitalizia o l' usufrutto : e precisamente in questo senso Pothier insegnava che l'erede del marito non viene impossessato de' beni particolari della moglie, benchè il defunto ne abbia il possesso; del pari che l'erede dell' usufruttuario non ha diritto di immettersi in possesso della eredità di cui il suo autore avesse l' usufrutto (*delle success.*, cap. III, sez. II, *ved.* altresì il nostro t. X, n. 635);

2° Ai beni, su cui lo stesso defunto aveva un diritto il quale doveva, per effetto della premorienza, risolversi o trasmettersi a pro di un altro; come i beni gravati, presso di lui, di sostituzione; i beni di cui era donatario a condizione del diritto di ritorno a pro del donante superstite; o i beni da lui medesimo donati tra vivi, per contratto di matrimonio, a condizione della sopravvivenza del donatario. Imperocchè, in questi diversi casi, nessun testo sommette i chiamati, nè il donante con istipulazione di diritto di ritorno, nè i donatari eventuali, a formare dimanda di rilascio contro gli eredi legittimi. Siccome il loro diritto poggiava sopra un titolo indipendente dalla volontà del *de cujus*, così sembra giusto che immettansi immediatamente, *a die mortis*, in possesso de'beni loro pertinenti. Difatti tale è pure la pratica. Altronde torneremo in prosieguo a ragionare intorno a questi vari punti.

141. D. — Ci rimane a disaminare a quali eredi il possesso immediato venga attribuito.

L' art. 724 — 645 risolve la nostra ultima quistione nel seguente modo :

« *Negli eredi legittimi passa* ipso jure *l' immediato possesso...* »

Dunque tutti gli eredi legittimi, ma unicamente costoro.

E dapprima, diciamo, il possesso appartiene a tutti gli eredi legittimi, quando sieno però in grado di succedere (*infra*, n. 145) ;

Dunque non solo ai figli o discendenti del *de cujus*, ma eziandio ai suoi ascendenti ed a'suoi collaterali. Tale è il senso dello adagio che rinviensi nelle sorgenti inglesi: *Saisina facit stipitem*, ed il quale di fatti espr che il possesso, pel modo instantaneo o sostituisce al defunto i suoi parenti, ezio collaterali, forma, in certa guisa, una po rità a chi non aveane (Philippe, *Rivist* Savigny, t. VII, p. 10; Cauffour, *Rivist legisl.*, 1847, t. II, p. 79.

Tale era altresì il nostro antico dir francese, tranne nondimeno alcune cons tudini, con quelle di Valenciennes (art. 1 e di Bretagna (art. 546), le quali non a buivano il possesso in linea collaterale (co *Gran consuetudinario* di Francia, l. cap. XXI; *Nuovo Denizart*, v. *Adozion eredità*, n. 3).

E la medesima regola vigeva sotto l'imp della legislazione intermedia, per la legge 17 nevoso anno II (confr. arresto C. cass. germile anno XIII, Sirey, 6, I, 83; di Ri 1 febbraio 1817, Aulague, e di Parig febbraio 1848, Barré, Dev., 1848, II, 25 261).

142.—Ma eziandio i soli legittimi e vengono impossessati di pieno diritto.

Tale è la regola da cui emerge che il p sesso non appartiene:

1°. A'successori irregolari, nè a'figli natu li, nè al coniuge superstite, nè allo Stato, al padre o la madre naturale, nè a' fratell sorelle del figlio naturale, i quali poss venir chiamati nel caso contemplato dall' 766+681;

2°. A' legatari particolari, nè a titolo u versale, nè universali, tranne nel caso c templato dall' art. 1006+932 (*supra*, nu ro 139).

143.—Lebrun insegnava che l' erede p suntivo, il quale rinunzi alla eredità per tenere il legato, trovasi impossessato delle se legategli.

« Ciò non mi sembra vero », diceva l thier (*delle Success.*, cap. III, sez. II.

Ed al certo Pothier avrebbe pur ragione gidi (art. 785+702).

144.—Altronde, ben si comprende, app tenere il possesso all' erede legittimo cap di conseguire la eredità.

Le antiche consuetudini soggiungevano espressioni: « il morto impossessa il vivo più prossimo erede *capace di succedergli* (Orleans; art. 301;cons. di Parigi, art. 31

Ciò che si sottintenderebbe abbastan dicea Pothier, anche quando non si foss soggiunte (*delle Success.*, cap. III. sez. II di fatti quegli che non sia capace di succe

re non è, a dir vero, erede (confr. art. 25, 725+646.)

145.—L'erede il quale trovisi in un caso di indegnità, a norma dell'art. 727 + 648, non trovasi forse nondimeno sempre impossessato finchè non siasi pronunziata la sua indegnità?

È questa astrusa quistione, la quale può venire risoluta unicamente mercè de' principi particolari intorno alla indegnità in materia di successione, o che ben tosto ci faremo a risolvere a suo luogo (*infra*, n. 273 e seg.).

146. — Ma, qualora l'erede sia capace di raccogliere, trovasi impossessato, qualunque sia altronde il suo stato personale, cioè di maggiore, di minore età o interdetto. È vero che, a norma de' principi dell'antico diritto germanico, il possesso in parte fondato su la garentia familiare apparteneva a' soli individui io istato di difendersi, o conseguentemente ad esclusione delle donne e de' figli (*supra*, n. 125). Ma sin dal periodo consuetudinario, tal differenza era sparita; ed era principio incontrastabile in Francia appartenere il possesso a tutti gli eredi indistintamente (confr. Delalande, supra Orleans, II, p. 3; Tiraquello, Tr. *il morto impossessa il vivo*, p. 2, dichiar. 17; cons. di Normandia, art. 235).

147.—Due importanti quistioni sorgono qui intorno a questa parte del nostro subbietto;

1.° Il possesso è forse attribuito soltanto a ciascuno degli eredi più prossimi per sua quota, a ciascun di coloro i quali vengono chiamati per ordine e grado di parentela, a succedere al *de cujus*? Ovvero per contrario appartiene, nel tempo stesso e collettivamente, a tutti i parenti del defunto, sia dello stesso grado, sia de' gradi più remoti, sino all'ultimo grado successibile (art. 755 — 673)?

2.° In caso di rinunzia di un erede impossessato; il suo coerede o l'erede nel grado susseguente, trovasi forse egli medesimo impossessato della parte e de' diritti del rinunziante? In altri termini il possesso è forse operativo una volta sola, nel giorno della morte, a pro degli eredi più prossimi nell'epoca medesima? Ovvero per contrario è forse successivamente attribuito a ciascuno de' parenti più remoti, i quali divengono eredi per effetto della rinunzia de' parenti più prossimi?

148.—1.° E primieramente il possesso appartiene forse collettivamente ed in certa guisa solidalmente, a tutti i parenti del defunto, eziandio sino al grado di succedere più remoto, finchè i parenti più prossimi non abbiano accettato?

L'affermativa è professata da partigiani sommamente autorevoli, i quali, per giustificare la loro dottrina, invocano, sia ragioni storiche e filosofiche, sia gli stessi testi del Codice Napoleone:

Da un lato, dicesi, il possesso ereditario era fondato, vigente l'antico diritto germanico, sul condominio di famiglia, il quale andava considerato come *condominium pro indiviso*; or precisamente da questa sorgente è derivato, nel nostro odierno diritto, lo stabilimento del possesso immediato; dunque esso ha tuttutora oggidì appo noi, la stessa base e lo stesso carattere; ed altronde questo carattere, unisono alla sua storica origine, non si giustifica meno sotto il punto di veduta filosofica; dappoichè l'eredità, risguardata come oggetto del diritto di successione, è indivisibile quanto il patrimonio considerato come oggetto del diritto di proprietà da colui al quale appartiene.

D'altro lato l'art. 724 — 645, differentissimo dalla consuetudine di Parigi (art. 318) e dalle altre, le quali attribuivano il possesso al solo erede *più prossimo*, l'attribuisce agli *eredi legittimi*, senza distinguere se sieno soli eredi del loro grado o abbiano coeredi, nè se sieno i più prossimi o i più remoti; o gli art. 785 a 789—702 a 706 contengono di fatti disposizioni le quali possonsi spiegare unicamente pel principio di questo possesso, nel tempo stesso individuale e collettivo pel tutto.

E di qui la dottrina medesima desume parecchie conseguenze gravissime;

La prima che il coerede o *l'erede* più remoto possa immettersi solo in possesso della intera eredità, finchè i suoi coeredi o gli eredi prossimi se ne astengano;

La seconda, che possono rivendicare contro i terzi la totalità della eredità, senza che costoro abbiano il dritto di opporre loro, nel primo caso, che essi non sono i soli eredi, o nel secondo, che non sono gli eredi più prossimi, o piuttosto che non sono eredi del tutto.

La terza, che le alienazioni di beni ereditari e gli atti qualsivogliano fatti dal parente immessosi così in possesso di tutta l'eredità, quando avesse coeredi, ovvero quando vi fossero eredi più prossimi, sono validi e potrebbero venire impugnati mercè l'azione Paoliana (confr. decis. C. di Parigi 1° mag. 1830, Hervè, D., 1830, I, 247; arresto C. cass., 26 ag. 1833; stesse parti D., 1833, I, 307; arresto C. cass. 16 genn. 1843, de Rastignac, Dev., 1843, I, 97; Novello Denizart, v. *Erede*, § 2,

n. 46, Renaud, professore in Berna, rendiconto di Chauffour, *Rivista di legisl.* di Wolowski, 1847, t. II, p. 78, 86, 328 a 330; Zachariæ, Massè e Vergè t. II, p. 296 e seg.; Bloudeau, *della separazione de' patrimoni*, p. 642 e seg.).

Ma questa teorica ci pare, sotto tutti i punti, inammissibile; ed avvisiamo che è uopo, per contrario, avere per indubitato che il possesso va attribuito solo a coloro i quali, per l'ordine e grado della loro parentela col defunto, vengono chiamati alla sua successione, e che va accordato a ciascun di essi entro i limiti della sua chiamata ereditaria.

Primieramente è importante osservare che il possesso non ci è provenuto dal diritto germanico se non passando, se posso così esprimermi, per le nostre antiche consuetudini francesi, e che quindi ha potuto giungerci unicamente con le modificazioni apportatevi: or, appunto il nostro diritto consuetudinario attribuiva il possesso soltanto *al più prossimo erede*. È vero che il professore Renaud sostiene che i termini delle nostre antiche consuetudini non aveano modificato i principi germanici; dappoichè i termini medesimi riguardano, a creder suo, le loro relazioni de' parenti tra essi, o menomamente le relazioni do' parenti rispetto a' terzi (*loc supra cit*, p. 329). Ma gli antichi scrittori attestano per contrario che la massima del diritto consuetudinario intendevasi generalmente in modo assoluto, e che il parente il quale non era chiamato alla eredità, non andava, sotto alcun rapporto, riguardato come impossessato, del pari che colui il quale eravi chiamato soltanto per una parte non andava risguardato come impossessato oltre della quota medesima (Pothier, *delle Succes.*, cap. III, sez. II).

È ciò dimostra nel tempo stesso che l'argomento filosofico desunto dalla pretesa indivisibilità del diritto di successione non è meglio fondato; dappoichè è manifesto che la chiamata ereditaria ed il possesso, che n' è la conseguenza, sono perfettamente suscettivi di divisione (confr. dicis. C. di Limoges 18 nov. 1847, Debeaune. Dev., 1848, II, 92; arresti C. cass. 5 lug. 1852, Moreau, e 21 lug. 1854, Petit, Dev., 1852, I, 491 e 741).

Ed ora gli articoli del nostro Codice han forse mutato il principio delle nostre antiche consuetudini? pretendesi che questo mutamento risulti dall'art. 724; ma è agevole ravvisare che lo stesso articolo ne è per contrario la positiva sanzione. Di fatti da un lato esso dichiara impossessati *gli eredi legittimi*: or tutti i parenti in grado successibile non sono *eredi*, ma quelli semplicemente chiamati alla eredità del *de cujus*, secondo l'ordine dalla legge stabilito (art. 723, 731 — 644, 651); a cagion di esempio, il fratello non è *erede*, quando il *de cujus* lasci un figlio, del pari che il cugino, quando il *de cuius* lasci un fratello. D'altro lato l'art. 724 dichiara gli eredi legittimi impossessati *con l'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari*: or si è d'accordo che a quest'obbligo non soggiacciono i parenti i quali non trovinsi in grado di succedere, e non potrebbero esser convenuti in giudizio da' creditori; e di fatti è forza convenire, altrimenti s'incorrerebbe in impacci ed inestricabili complicazioni risultanti da un diritto di agire collettivamente appartenente a' creditori della eredità avverso tutti i parenti del defunto sino al dodicesimo grado (art. 870, 1220 — 791, 173); ma è manifesto convenirsene perchè non vanno compresi nell'art. 724. Relativamente alle disposizioni contenute negli art. 785 a 789 — 702 a 706, le quali, dicesi, sarebbero la conseguenza del principio del possesso collettivo, ravviseremo che vanno applicate e si giustificano assai logicamente senza il soccorso di questa teorica; e se, a cagion di esempio, dopo la rinunzia dell'erede più prossimo, il parente più remoto trovisi impossessato dei beni ereditari in forza dell'art. 724, sin dal giorno dell'apertura della successione, il semplice motivo si è che la rinunzia ha un effetto retroattivo, e che l'erede rinunziante reputasi non essere stato giammai erede.

Circa le conseguenze che questa teorica desume dalla sua premessa, cioè il diritto per tutti i parenti in grado di succedere d'immettersi in possesso della eredità, il diritto di petizione di eredità contra i terzi; la validità delle alienazioni consentite, ben tosto ci faremo a ragionarne (*infra*, n. 152). Ma, pur supponendo che queste proposizioni, o alcune di esse, dovessero ammettersi, la qual cosa sin da ora possiam pretendere, esse non emergerebbero da un preteso possesso collettivo non riconosciuto assolutamente dal nostro Codice (confr. Aubry e Rau, sopra Zachariae, t. IV, p. 242; Massé e Vergé, t. II, p. 297; *ved.* eziandio il nostro t. II, n. 257.)

149.—Un tempo ammettevasi il possesso in certa guisa, eventuale e sussidiario, a pro del parente più remoto dichiaratosi erede puro

e semplice, riguardo al parente più prossimo che volesse accettare col benefizio dello inventario (confr. Pothier, *delle success.*, cap. III, sez. II.)

Noi non abbiamo presentemente veruna eccezione di tal genere.

150. — 2.° La nostra seconda quistione si è se il possesso legale sia operativo una volta sola a pro degli eredi più prossimi nel giorno dell'apertura della successione; ovvero, in altri termini, qualora dopo la rinunzia dello erede impossessato, lo stesso suo coerede o l'erede del grado susseguente trovisi impossessato de'beni ereditari (*supra*, n. 147).

Sembra indubitato che, vigente il nostro antico diritto, il possesso attribuito dapprima *all'erede più prossimo* veniva dappoi attribuito successivamente a'coeredi o a'parenti più remoti, i quali, per effetto delle rinunzie dei loro coeredi o degli eredi più prossimi, trovavansi chiamati alla successione. È questa la dottrina risultante dalle opere di Pothier (*delle success.*, cap. 3, sez. II, e sez. IV, § 4; ed introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 39).

Ma oggidì è questo, sotto l'impero del Codice, un punto per contrario controverso.

Per sostenere che il possesso sia operativo una volta sola, sonosi addotti soprattutto due argomenti, cioè uno desunto dall'art. 790—707, l'altro dall'art. 841—730.

Da un lato, dicesi, a norma dell'art. 790, gli eredi rinunzianti hanno la facoltà di accettare ancora la eredità, finchè gli altri eredi non l'abbiano accettata: dunque questi altri eredi non trovansi essi medesimi impossessati per effetto della rinunzia: per contrario la eredità viene da essi conseguita mercè l'accettazione che debbono farne; diversamente, e se ne venissero impossessati, non avrebbesi potuto permettere al rinunziante rappresentarla in loro detrimento.

D'altro lato, se il possesso discendesse successivamente di grado in grado, per effetto delle rinunzie, non vi sarebbe luogo, a norma dell'art. 841, a far destinare un curatore alla eredità giacente se non dopo che tutti i parenti, sino al dodicesimo grado, fossero stati costituiti in mora di accettare o rinunziare; e siccome ciascun di essi, quando venisse convenuto in giudizio da'creditori ereditari o altri, potrebbe dimandare un novello termine di tre mesi e quaranta giorni per distendere inventario e deliberare, così ne conseguiterebbero, pe' creditori e per tutti gli altri interessati, indugi e dispendi gravissimi ed una situazione davvero intollerabile.

Ciò che bisogna inferire soltanto, a creder nostro, dalle precedenti obbiezioni si è che il possesso, quando discenda così, per effetto delle rinunzie, da' gradi più prossimi a' gradi più rimoti, ha meno forza ed energia; ma non sapremmo concedere di non esistere:

1°. A norma dell'artic. 724 negli eredi legittimi il possesso immediato passa *ipso jure* . . . , ec.;

Or, per l'art. 785—702, l'erede rinunziante reputasi non essere stato mai erede (agg. articolo 786—703);

Dunque il parente più remoto, in caso di rinunzia del parente più prossimo, ed *a fortiori* il coerede, in caso di rinunzia del suo coerede, reputandosi essere stati sempre soli eredi sin dal giorno dell'apertura della successione, vengono necessariamente altresì soli reputati impossessati in forza dell'art. 724, il quale non più applicandosi, o piuttosto reputandosi non essersi giammai applicato a' rinunzianti, può conseguentemente applicarsi soltanto ad essi.

2.° In che mai effettivamente consiste lo immediato possesso? nel poter l'erede, di propria autorità, prendere possesso della eredità, potendo agire contro i terzi, potendo venir tradotto in giudizio da essi, indipendentemente da ogni accettazione da parte sua (*supra*, n. 133);

Or, dopo la rinunzia dell' erede più prossimo, l'erede più remoto trovasi assolutamente in questa situazione;

Dunque egli trovasi impossessato; dappoichè tal situazione non è altro che il possesso.

Egli può, noi diciamo, non solo agire contro i creditori ereditari, ma eziandio esser convenuto in giudizio da essi; e, ove rendasi contumace, verrà condannato come erede puro e semplice, a prescindere da ogni atto di accettazione da parte sua; dunque ad evidenza trovasi impossessato (*supra*, n. 135).

3.° Questa dimostrazione ci sembra tale che gli argomenti desunti dagli art. 790 ed 841—707 e 730 non potrebbero più in avvenire distruggerla. Altronde in prosieguo ci faremo a ragionare intorno a questi due articoli. Conveniamo che il possesso, nel caso in esame, sia meno energico, e che vada allora soggetto ad una causa di risoluzione affatto speciale, dappoichè il rinunziante può riprendere la eredità, se l'erede più remoto, comunque impossessato mercè la rinunzia l' abbia

accettata. Ma il coerede, il quale abbia rinunziato, ha lo stesso diritto contro il suo coerede, il quale non avesse ancora accettato; or, malgrado questo diritto, è incontrastabile che il coerede, prima di avere accettato, trovavasi, per la rinunzia del suo coerede, investito della totalità della eredità; dunque l'argomento desunto dall'art. 790—707, il quale non impedisce il possesso del coerede per la rinunzia del suo coerede,non può neppure impedire il possesso del più remoto per la rinunzia del più prossimo.

E relativamente all'art. 811 ed agl' inconvenienti che produrrebbe, dicesi, col principio del possesso successivo, ammettendo pure (la qual cosa ancor noi opiniamo)che i creditori possano far nominare un curatore dopo la rinunzia dell'erede più prossimo, senza essere in obbligo dirigersi all' erede più remoto, il quale trovasi impossessato in sua vece, ammettendo questa tesi,nè anche ne conseguiterebbe, come ravviseremo, che l'erede più remoto non si trovasse impossessato, ma semplicemente che reputerebbesi non esser noto, nello interesse de' creditori, i quali, dopo la rinunzia de'più prossimi,non sarebbero astretti a scendere tutta la scala de' gradi di parentela per conoscere se vi sieno ancor successibili (Merlin,*Rep.*, v. *Curatore*,§ 3, n. 1; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 598; Demante, t. III, n. 106 *bis*, I, e 135 *bis*, III e IV.).

151.—Ed il possesso, il quale ha luogo in tal modo a pro del coerede, per la rinunzia del suo coerede, ed a pro del parente più remoto per la rinunzia del parente più prossimo, non richiede che il coerede o il parente più remoto sia sopravvissuto alla rinunzia. Basta che sia sopravvissuto al *de cujus;* ed ancorchè morisse prima che il suo coerede o l' erede più prossimo avesse rinunziato, reputerebbesi, per l'effetto retroattivo di questa rinunzia, essere stato impossessato della successione fin dal momento della sua apertura (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. II).

152.—Abbiam detto, nella nostra prima soluzione (*supra*, n. 148), che il possesso appartiene all'erede più prossimo, e che appartiene a ciascuno de'coeredi più prossimi solo in proporzione della sua chiamata ereditaria.

Ma, in questo sistema, ci rimane ancora a risolvere una quistione, la quale per contrario trovasi pienamente risoluta col sistema del possesso collettivo, da noi eliminato.

Val dire: se il coerede, in caso d' inazione del suo coerede, o se il parente più remoto, in caso d' inazione del parente più prossimo, ed in caso d'inazione dello stesso parente più rimoto, se il parente anche più rimoto di costui, possa immettersi in possesso della eredità?

E se vi s' immetta, quali sono mai i diritti e le obbligazioni che ne emergono, sia fra lui ed i suoi coeredi o gli eredi più prossimi, sia riguardo a'terzi?

1°. E primieramente, può mai immettersi in possesso della eredità?

Regolarmente non crediamo che sia possibile di stabilire per massima (come nondimeno si è praticato) che ne abbia diritto ; dappoichè questa eredità non gli appartiene. Di fatti non bisogna confondere il caso d'inazione del coerede o del parente più prossimo, col caso in cui la sua esistenza non venisse riconosciuta; dappoichè in questo ultimo caso non è erede; egli non trovasi impossessato (art. 136, 137—142, 143; *ved.* il nostro t. II, n. 250).

Non pertanto non potrebbesi disconoscere ravvisarsi in ciò una penosa e spiacevole situazione: di fatti il parente più rimoto non ha verun mezzo di astringere il parente più prossimo ad accettare o rinunziare; del pari che il coerede non può astringere il suo coerede alla scelta: è questa una proposizione generalmente accolta, ad onta della opposta opinione di Blondeau, unico autore, a creder nostro, che abbia insegnato una contraria dottrina (*Della separazione de'*patrimoni, p. 654 e seg.): or nondimeno è indubitato che il coerede, o il parente più remoto, hanno diritti eventuali alla eredità, e che vi saran chiamati per lo intero, se il coerede o il parente più prossimo vi rinunzi. Tal situazione sarebbe anche più critica, se bisognasse ammettere, come molti insegnano, che la facoltà di accettare si prescrive, a norma dell'art. 789—706, a principiare dal giorno dell'apertura della successione, eziandio per que' parenti più remoti impossessati posteriormente a questa epoca, per effetto della rinunzia de'parenti più prossimi.

Dunque in tale stato ammettiamo che dicasi che il coerede, in caso d' inazione del suo coerede, o il parente più remoto, in caso di inazione del parente più prossimo, potrebbe impossessarsi della eredità: sarebbe questo un certo mezzo di ripiaoare il vuoto che il nostro Codice ci sembra offrire su questo punto, ed indubitatamente un mezzo, il quale produrrebbe per lo più il desiderato risultamen-

to, di astringere il coerede o il parente più prossimo a scegliere un partito, ed i suoi rappresentanti o i suoi parenti ad agire in nome suo, o formare contro di lui una dimanda di interdizione o di nomina di consulente giudiziario, o finalmente, se fosse non presente, invocare l'applicazione dell'art. 112—118 (confr. arresto C. cass. 11 glaciale anno IX, Sirey, I, 1, 371; Toullier, t. II, n. 345; Favard, *Rep.*, v. *Rinunzia*, § 1, n. 16; Poujol su l'art. 800, n. 3; Aubry e Rau, sopra Zachariae, t. IV, p. 242; Massé e Vergé, t. II, p. 297, 298).

153. — 2.° Ora, se il coerede abbia preso possesso della parte del suo coerede, se il parente più remoto abbia preso possesso della eredità, per effetto della inazione del suo coerede o del parente più prossimo, quali mai ne saranno gli effetti?

Primieramente tra essi vi sarà luogo, bene inteso, alla petizione di eredità da parte del coerede contro il suo coerede, o da parte del parente più prossimo, dell'erede vero o piuttosto del solo erede, contro il parente più remoto; la quale azione durerà un trentennio *a computare dal giorno dell' apertura della successione*, dice Toullier, o piuttosto, ripiglia Duvergier, *a principiare dal giorno della immessione in possesso de' beni ereditari* (t. II, n. 345, nota A); e, in quanto a noi togliamo a seguitare perfettamente questa ultima opinione.

E circa gli effetti di questa petizione di eredità, abbiamo avuto già occasione di ragionarne altrove (*ved.* il nostro t. II, n. 228). Potrassi mostrare, secondo le circostanze, maggiore o minore severità nelle restituzioni cui il possessore della eredità dovrà esser condannato a pro del rivendicante: a cagion di esempio, si osserverà in quale epoca siasi impossessato della eredità, se sia stato troppo sollecito o abbia sufficientemente atteso ad impadronirsene; dappoichè, in generale, il meno che debba attendere si è ad evidenza il trascorrimento del termine per distendere inventario e deliberare (arg. dall'art. 811—730; confr. decis. C. di Colmar 28 feb. 1815, Hertelmeyer, Sirey, 1815, II, 274; arresto C. cass. 12 dicem. 1826, Morice, Sirey, 1827, I, 277).

Da ultimo relativamente alle relazioni, verso i terzi, del coerede o del parente più rimoto, il quale abbia preso possesso di tutta la eredità, per effetto della inazione del suo coerede o del parente più prossimo, alcuni giureconsulti insegnano:

Da un lato, che a ciascun coerede è lecito rivendicare contro i terzi la intera eredità;

E d'altro lato, che i parenti più remoti possono similmente convenire in giudizio i terzi pel rilascio de'beni ereditari;

Senza che i terzi possano opporre, nel primo caso, al coerede la eccezione *plurium cohæredum*, e nel secondo caso, al parente più remoto, l'esistenza di parenti più prossimi. I terzi, dicesi, cercherebbero indarno difendersi, contrastando a' rivendicanti la qualità di eredi; dappoichè, da un lato, non possono prevalersi di questa qualità, e, d'altro lato, non è loro permesso eccepire da'diritti altrui, cioè da'diritti de' parenti più prossimi (confr. Molineo, cons. di Parigi, tit. 1, § 3, n. 90; Chauffour, *Rivista di legisl.*, 1847, tom. II, pag. 333; Proudhon, *Dell'usufrutto*, tom. II, p. 678; Merlin, *Rep.*, v. *Eredità*, § 6; Aubry e Rau sopra Zachariæ, t. IV, p. 240, 242; Massé e Vergé, *eod. loc.*, p. 297; decis. C. di Colmar 28 feb. 1815, Hertelmeyer, Sirey, 1815, II, 274).

Questa dottrina non ci pare giuridica:

È primieramente torna incontrastabile che il terzo convenuto in giudizio da uno de'coeredi soltanto, o dal più remoto parente, possa porre in causa gli altri coeredi o i parenti più prossimi.

Ma neppure avvisiamo che sia questa una obbligazione da parte sua; ed il nostro sentimento si è che può opporre a'rivendicanti una eccezione desunta dalla loro mancanza di qualità, almeno allo stato; la quale eccezione dilatoria dovrà tenerli in sospeso finchè non abbiano dimostrato che i loro coeredi o i parenti più remoti abbiano rinunziato, o che essi medesimi abbiano conseguito, mercè prescrizione o diversamente, la eredità o l'oggetto particolare che rivendicano;

1°. Spetta al rivendicante, attore, dimostrare esser proprietario: è questa la condizione del successo della sua azione (art. 1315—1269; L. 2 ff. *de probat.*): or il coerede, fino a quando non dimostri la rinunzia del suo coerede, non fa tal pruova (L. 1 e 2, ff., *si pars haeredit. petatur*), al pari del parente più remoto, finchè non dimostri la rinunzia del parente più prossimo; la qual rinunzia non si presume (art. 784—704): dunque, in tale stato, la loro dimanda non trovasi dimostrata.

Ben comprendiamo potersi sostenere che il parente del *de cujus*, il quale convenga in giudizio un terzo possessore, non sia tenuto provare, contro costui, non esservi altri parenti

nello stesso grado che esso, o parenti più prossimi. Nondimeno spetta a lui indubitatamente altresì il dimostrare la sua qualità di erede; ma, tostochè dimostri la sua parentela in grado di succedere, avvisiamo doversi porre a carico del terzo convenuto la pruova di esservi coeredi o parenti più prossimi (arg. dell'art. 136—142; confr. Merlin, *Rep.*, v. *Eredità*, § 6; decis. C. di Aix 26 lug. 1808, Rittier, Sirey, 1812, II, 359; di Colmar 20 feb. 1845, Hertelmeyer. Sirey, 1845, II, 274.) Ma, seguita questa pruova, ed *a fortiori*, quando lo stesso attore ne convenga, ci pare assodato che, in tale stato, la sua azione sia mal fondata.

2°. Aggiugnesi che il terzo convenuto, il quale neppur sia erede, non può eccepire dagli altrui diritti! Ma, per contrario, la regola generale si è che il trionfo dell'azione va subordinato non alla mancanza del diritto nel convenuto o possessore, ma alla esistenza del diritto medesimo nell'attore o rivendicante: *qui haereditatem vel partem haereditatis petit*, diceva Ulpiano, *is non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo jure* ... (L. 1, § 1, ff., *si pars haered. pet.*) Altronde il terzo può avere, sotto più rapporti, molto interesse a far dichiarare l'azione inammissibile, almeno allo stato. Di fatti, a cagion di esempio, se si trattasse del pagamento di un credito ereditario, non importerebbe forse alla sua risponsabilità come debitore, a norma dell'art. 1239, il fare il pagamento al solo vero creditore? e quindi tuttodì la cassa de'depositi richiede le più precise giustificazioni per stabilire che i reclamanti sieno eredi ed unici eredi del *de cujus*, di cui la cassa tiene in deposito il danaro. Forse il terzo possessore altresì non potrebbe avere ad offrire, nel proprio interesse, un accordo, una transazione, al vero erede o agli altri coeredi?

3°. Pongasi mente che quel coerede, il quale pretenda esercitare solo i diritti attivi della eredità, ovvero quel parente più remoto, il quale voglia eziandio esercitarli, non potrebbero esser convenuti in giudizio per riguardo a'diritti passivi; e che tale medesima ineguaglianza di situazione tra essi ed i terzi, che la opposta dottrina è astretta ad ammettere, manifestamente dimostra che di fatti il diritto ereditario, il *nomen haereditarium* non risiede nelle loro persone.

4°. Ma finalmente, dicesi, han diritti eventuali alla eredità medesima; e se i coeredi o i parenti più prossimi rinunziano, si reputeranno essere stati sempre eredi. Ciò è ben altro; e di fatti noi medesimi confessiamo che essi hanno un diritto condizionale, in forza di cui ci paro pure logico ed equo poter fare atti conservatori, interrompere prescrizioni ec. (art. 1180); ma sarebbe, a creder nostro, eccedere ogni misura, ed invertire in diritto attuale e puro e semplice la loro chiamata meramente eventuale e condizionale lo attribuir loro, avverso i terzi, lo esercizio di tutte le azioni ereditarie.

154.—Circa lo alienazioni de'beni ereditarî o gli altri atti consentiti dall'erede, in caso d'inazione de'suoi coeredi, e dal parente più remoto in caso d'inazione del parente più prossimo, abbiamo esposto altrove questa tesi alquanto ampiamente per non doverno più ragionare (*ved.* il nostro t. II, n. 232 e seg.).

§ II.

Della immessione in possesso de'successori irregolari.

SOMMARIO

155.—I successori irregolari debbono farsi immettere in possesso della eredità.—L'antico diritto francese non faceva alcuna differenza simigliante fra gli eredi legittimi ed i successori irregolari.

155. *bis.*—Divisione.

156.—A. Quale è mai la posizione de'successori irregolari prima che abbiano ottenuto la immessione in possesso o il rilascio de'beni ereditari?

157.—B. Quale è mai la loro posizione dopo avere ottenuto la immessione in possesso o il rilascio? La regola, all'obbietto, si è che la immessione in possesso o il rilascio è un impossessamento giudiziario, il quale produce, nella persona de' successori irregolari, tutti gli effetti che il possesso legale produce nella persona degli eredi legittimi.—Conseguenze:

158.—1°. Il successore irregolare, una volta immesso in possesso, diviene immediatamente e senza veruna appropriazione di fatto, possessore di tutto ciò che il defunto possedeva, ed il suo possesso reputasi succeduto al possesso del defunto *a die mortis*.

159.—2°. I successori irregolari possono, sin dalla immessione in possesso ordinato in loro vantaggio, convenire in giudizio i debitori della eredità od i possessori de' beni ereditari.

160.—3°. Essi medesimi possono venire personalmente convenuti in giudizio da'creditori ereditari ed astretti a pagare *ultra vires*, eccetto quando dichiarino accettare col benefizio dello inventario.

160. *bis.*—4°. I successori irregolari, una volta immessi in possesso, han diritto a'frutti de'beni ereditari a principiare dal giorno dell'apertura della successione.

161.—5°. I successori irregolari, sia qualunque l'epoca in cui siasi accordata loro la immessione in possesso, possono opporre la prescrizione ad ogni successore, eziandio le-

gittimo, il quale rivendicasse contro di essi la eredità; possono opporgli la perscrizione nelle stesse condizioni in cui il parente legittimo più remoto, il quale avesse accettato la eredità in detrimento del parente più prossimo, potrebbe opporla a costui.

162.—Ma avviene diversamente, quando l'erede legittimo abbia rinunziato. Egli non può più recedere dalla sua rinunzia dopo avere ottenuto i successori irregolari la immessione in possesso.

163.—I successori irregolari hanno gli stessi diritti che avrebbe un erede legittimo, riguardo a'terzi acquirenti cui beni ereditari si fossero trasmessi da un erede apparente, nello intervallo dall'apertura della successione alla loro immessione in possesso.

155.—Abbiamo osservato (*supra*, n. 123) che i succesori irregolari non vengono impossessati di pieno diritto, e che debbono farsi immettere in possesso dal magistrato (articolo 724).

Questa differenza fra gli eredi legittimi ed i successori irregolari è una innovazione del nostro Codice.

L'antica giurisprudenza francese non l'aveva apportata; e lo impossessamento apparteneva un tempo a tutti i successori ab intestato, senza distinguere gli eredi legittimi da quelli allora denominati altresì successori irregolari: quindi apparteneva al re o al signore. cui i beni venivano attribuiti per diritto di mancanza di eredi, di bastardigia, di albinaggio e confisca (confr. Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 35, e *delle Success.*, cap. VI; Lebrun, *delle Success.*, lib. III. cap. 1, n. 13 e 14; Merlin, *Rep.*, v. *Erede*. sez. 1, § 2, n. 2 e 3).

Gli autori del Codice Napoleone hanno voluto, come già dimostrammo (*supra*, n. 139). che i successori irregolari possono prendere effettivo possesso della eredità sol dopo aver fatto riconoscere il loro titolo: è questo un provvedimento di precauzione e di prudenza cui è da plaudire, ma il quale non ha e non potrebbe avere, sul merito stesso del diritto, tutta la importanza che da lungo tempo si è voluto attribuirvi.

155 *bis*.—Non è questo il tempo opportuno di esporre le forme e le condizioni di tale immessione in possesso.

Ma abbiamo qui, relativamente a'successori irregolari, due importantissime quistioni da risolvere:

A.—Quale è mai la loro posizione, prima di ottenere la immessione in possesso e il rilascio de'beni ereditari?

B.—Quale è mai la loro posizione, dopo avere ottenuto tale immessione o rilascio?

156.—A.—Primamente dimandiamo quale sia la posizione de'successori irregolori prima di ottenere la immessione in possesso (ovvero, secondo i casi, il rilascio).

La risposta a questa prima quistione ci pare semplicissima; e si riassume nelle seguenti proposizioni:

1°. Essi non possono prendere possesso di alcuno de'beni ereditari.

2.° Se ne avessero preso possesso di propria autorità, non formerebbero ostacolo al ritorno alla eredità di un erede, il quale avesse dapprima rinunziato (art. 790 ; decis. C. di Bordò 15 gen. 1848, Sauvaget, Dev., 1848, II, 263.)

3.° Essi non possono esercitare alcuna delle azioni dipendenti dalla eredità, nè agire contro i debitori, o possessori.

4.° Non possono neppure esser convenuti in giudizio da'creditori ereditari o altri interessati (arg. dall'art. 811).

5.° Finalmente avvisiamo che, qualora essi restino nella inazione durante un trentennio a principiare dal giorno dell'apertura della successione, la loro azione d'immessione in possesso o rilascio, trovasi prescritta. Di fatti a norma dell'art. 2262, tutte le azioni, tanto reali quanto personali, prescrivonsi col decorso del trentennio: or il successore irregolare, finchè non abbia esercitato la sua azione di immessione in possesso o rilascio, trovasi sempre fuori la successione, e può entrarvi unicamente mercè tale azione: dunque, decorso il trentennio, essendo prescritta l'azione medesima, lo ingresso nella successione gli è in avvenire irrevocabilmente chiuso: puossi affermare, sotto questo rapporto, con Demante (t. III, n. 23 *bis*, 8), che la trasmissione la quale ha luogo a loro riguardo, sin dal giorno dell'apertura della successione, è meramente condizionale, nel senso che il suo effetto dipende, pel suo avveramento, dalla dimanda da fare ulteriormente. Nondimeno ne eccettuiamo lo Stato, il quale non è un successore irregolare come un altro, ed il quale consegue i beni del *de cujus*, molto meno a titolo successorio come beni ereditari, che a titolo di occupazione, come beni giacenti e senza padrone (*infra*, n. 160).

Ecco i diritti che i successori irregolari non hanno prima della immessione in possesso.

Ecco ora i diritti che essi hanno:

Da un lato acquistano, al pari degli eredi legittimi, la proprietà della eredità *a die mortis*, comecchè avremmo potuto dire avere essi

il *possesso della proprietà* (*supra*, n. 132).

D'altro lato, e como conseguenza, trasmettono il diritto da essi acquistato, cioè la proprietà e l'azione per ottenere la immessione in possesso; lo trasmettono, diciamo, a' propri successori, ancorchè fossero trapassati senza averlo esercitato, oppure senza aver saputo esser loro deferito (*supra*, n. 406).

157. — B. — Ora, quale è mai la posizione de' successori irregolari, dopo avere ottenuto la immessione in possesso o il rilascio?

Questa seconda parte del nostro subbietto è molto più delicata.

Ecco, dal canto nostro, la regola cho crediamo dovere stabilire:

La immessione in possesso o il rilascio è, pe'successori irregolari, ciò che il possesso legale è per gli eredi legittimi: essa constituisce, eziandio per loro, un vero impossessamento, il quale è semplicemente giudiziale in vece di essere legale, ma il quale produce, nella persona de'successori irregolari, una volta attribuito loro dal magistrato, tutti gli effetti che produce, nella persona degli eredi legittimi, il possesso loro attribuito dalla legge, e che conseguentemente li produce *a die mòrtis*, sin dal giorno dell'apertura della successione; per modo che i successori irregolari, al pari degli eredi legittimi, reputansi, dopo la immessione in possesso, esser succeduti immediatamente al defunto, senza alcun vuoto e persona intermedia *jam tunc a morte* (confr. L. 54, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*; L. 193, ff. *de regul. jur*).

In somma il loro impossessamento è condizionale, cioè sotto la condizione di ottenere la immessione in possesso; ma la condizione, una volta adempita, produce in tal caso, come negli altri, lo effetto retroattivo ad essa proprio (art. 1179; agg. art. 777).

Da tal premessa desumiamo le seguenti conseguenze:

1°. Non solo i successori irregolari possono, sin da questo momento, immettersi in possesso della eredità; ma non è neppur necessaria veruna appropriazione di fatto, da parte loro, affinchè vadano immediatamente considerati come possessori di tutto ciò che il defunto possedeva, ed affinchè abbiano conseguentemente il diritto di esercitare tutte le azioni possessorie, che il defunto poteva sperimentare (a condizione però che un terzo non abbia acquistato il possesso dopo l'apertura della successione).

2°. Essi possono esercitare tutti i diritti attivi della eredità, convenire in giudizio i debitori, i possessori.

3°. Essi possono esser convenuti in giudizio da'creditori; e sono pur tenuti de'debiti ereditari *ultra vires*, qualora non accettino col beneficio dello inventario.

4°. Essi han diritto a' frutti de' beni della successione a principiare dal giorno della sua apertura.

5°. In qualunque epoca la immessione in possesso o il rilascio siasi loro accordato, possono opporre la prescrizione ad ogni successore, eziandio legittimo, il quale rivendicasse la eredità contro di essi; essi possono, noi diciamo, opporgli la prescrizione nelle medesime condizioni in cui un parente legittimo più remoto, il quale avesse accettato la eredità in detrimento di un parente più prossimo, potrebbe opporla a costui.

6°. Essi hanno gli stessi diritti che avrebbe un erede legittimo, riguardo a'terzi acquirenti cui i beni della eredità si fossero trasmessi dall'erede apparente, nello intervallo dall'apertura della successione alla loro immessione in possesso.

Non dissimuliamo che tali soluzioni, e soprattutto alcune di esse, sono assai gravi e suscettive di controversia; ed ecco perchè ci pare utile separatamente tornare a discutere ciascuna delle medesime.

158. — 1°. Primieramente, diciamo, il successore irregolare, una volta immesso in possesso, diviene immediatamente, senza veruna appropriazione di fatto, possessore di tutto ciò che il defunto possedeva; ed il suo possesso reputasi succeduto al possesso del defunto, *a die mortis*.

D'onde sorge il duplice corollario:

1°. Che, sin da questo momento, può instituire ogni azion possessoria;

2°. Che la prescrizione ad oggetto di acquistare, principiata dal *de cujus*, non sia stata interrotta.

Nondimeno si è sostenuta altra tesi; e molti, fermando qual punto di partenza, che lo impossessamento, di cui trattasi nell'art. 724, risguarda unicamente il possesso, di cui è una mera anticipazione legale, ne inferiscono che la differenza che ne emerge fra l'erede legittimo impossessato ed il successore irregolare che non lo è, consiste precisamente nel succedere il primo immediatamente, senza appropriamento di fatto ed eziandio senza sua saputa, nel possesso del defunto, mentre, per contrario, l'altro vi succede a principiare dal-

la immessione in possesso, che è in obbligo di dimandare.

Dalla qual cosa conseguiterebbe:

1°. Che il successore irregolare potrebbe esercitare le azioni possessorie sol quando egli medesimo si avesse appropriato i beni e dopo averli posseduti nelle condizioni necessarie a questo obbietto;

2°. Che la prescrizione ad oggetto di acquistare cominciata dal defunto, troverebbesi sospesa durante tutto il tempo trascorso fra l'apertura della successione e la immessione in possesso o il rilascio (confr. Marcadé, t. III, art. 724, n. 3; Bugnet sopra Pothier, t. VIII, p. 114; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 82, nota 2).

Ma tal dottrina non ci pare ammessibile:

Primieramente l'art. 724 non riguarda, come pretendesi, unicamente il possesso; per contrario si applica, ne' termini più generici, *a' beni, diritti ed azioni del defunto* (*supra*, n. 138); ed abbiamo altresì dimostrato (*supra*, n. 132), che lo impossessamento *di diritto*, conceduto agli eredi legittimi, appartiene similmente a' successori irregolari, nel senso che costoro acquistano eziandio *di pieno diritto* tutti i diritti attivi pertinenti al defunto; mentre che puossi affermare che, come divengono proprietari e creditori, di tutto ciò di cui era proprietario e creditore, così del pari divengono possessori *di diritto* di tutto ciò di cui era possessore. Ciò che manca loro è il fatto, l'esercizio, la facoltà di assumere l'amministrazione della eredità, facoltà attribuita dallo impossessamento legale agli eredi legittimi, e la quale può emergere, pe' successori irregolari, soltanto dallo impossessamento giudiziale.

Forse altronde la eredità stessa, questa fittizia persona la quale reputasi continuare la persona del defunto, finchè non si presenti un successore, non ha continuato a possedere per chiunque dappoi dovrà conseguirla? (confr. Pothier, *del Possesso*, n. 57 e 58).

E forse non sarebbe ostile a tutti i principî ed allo scopo essenziale e di pubblico interesse propostosi dal legislatore, nella devoluzione de' beni *ab intestato*, lo ammettere qui una lacuna ed una interruzione cui lo intero sistema delle successioni intestate intende ovviare? (confr. Demante, t. III, n, 24 *bis*, I; Mourlon, *Repet. scrit.*, t. II, p. 47).

159. — 2.° I successori irregolari possono, sin dal momento della immessione in possesso ordinata a lor pro, agire contro i debitori della eredità ed i possessori de' beni ereditari.

Ciò non va in contro a veruna difficoltà.

160. — 3.° Aggiugniamo che eglino possono venire personalmente convenuti in giudizio da' creditori ereditari, ed eziandio *ultra vires*, eccetto quando dichiarino accettare col benefizio dello inventario.

Questa proposizione è al certo la più grave di tutte quelle che qui ci facemo a propugnare.

Di fatti la opposta dottrina è stata finora universalmente ammessa: si è risguardato come indubitato che il successore irregolare era tenuto de' debiti unicamente a cagion de' beni, e conseguentemente sino alla sola concorrenza de' beni; e che per ciò non poteva essere astretto *ultra vires*, avendo avuto la cura di non confondere i beni ereditari co' suoi beni particolari. Ecco, in sostegno di tal dottrina, gli argomenti gravissimi, è forza convenirne, che possonsi addurre:

1.° L'antico diritto francese somministrava primamente a questa tesi un efficacissimo argomento: di fatti è noto che un tempo i successori irregolari venivano precisamente così denominati, diceva Pothier, « perchè non succedono alla persona, ma semplicemente nei beni; dal che conseguita esser tenuti de' debiti como pesi de' beni, e sino alla concorrenza del valore de' beni medesimi. — » (*delle Success.*, cap. VI); e l'argomento sembra tanto più grave in quanto nel nostro antico diritto i successori irregolari godevano il possesso legale come gli eredi legittimi, dovecchè il Codice Napoleone il nega loro (*supra*, n. 155).

2.° L'obbligo di pagare i debiti ereditari *ultra vires*, è al certo un obbligo infinitamente grave; ed esso potrebbe venire imposto ai successori irregolari sol quando risultasse per essi, sia dagli stessi testi della legge, sia dalla necessità de' principî.

Or, dicesi, non puossi per contrario farlo derivare dall' una nè dall' altra di tali cause.

Da un lato non solo alcun testo del Codice non lo impone loro; ma tutti gli articoli virtualmente suppongono non andarvi sottoposti; epperò l'art. 724 applica soltanto quest'obbligo agli eredi legittimi, e come una conseguenza del possesso legale, che i successori irregolari non godono; ed il ravvicinamento degli art. 767 a 773—683 con gli art. 774 e seg.—894, dimostra che tutte le regole risguardanti l'accettazione pura e semplice e l'accettazione col benefizio dello inventario, sono esclusivamente relative agli eredi legittimi, e non ris-

guardano i successori irregolari, pe' quali evvi un solo modo di ricevere i beni dalla legge loro attribuiti, cioè la immessione in possesso.

D'altro lato, a norma de' principî generali del diritto, gli eredi legittimi son tenuti dei debiti *ultra vires* sol perchè succedono non solo ne' beni, ma eziandio alla persona stessa del defunto, di cui sono i rappresentanti ed i continuatori: or per contrario i successori irregolari succedono soltanto ne' beni: non continuano la persona: il nostro Codice sembra anzi voler evitare di dire che essi *succedono* anche unicamente ne' beni! *Passano i loro beni*, dichiara (art. 723—644; *supra*, n. 122): dunque non potrebbero esser tenuti de' debiti *ultra vires*, dappoichè la causa efficiente di questa obbligazione manca assolutamente nella loro persona.

3.° A cagion di esempio, chi mai sosterrebbe che lo Stato è tenuto de' debiti *ultra vires*? tornerebbe impossibile questo assunto: or il Codice pone tutti i successori irregolari allo stesso livello (confr. art. 723, 767, 768—644, 683, 684): dunque, se debbesi convenire che lo Stato non è tenuto *ultra vires*, è uopo del pari ammettere che i figli naturali ed il coniuge nè anco ne sono tenuti (confr. Duranton, t. VI, n. 63 *bis*; Demante, t. III, n. 24 *bis*, IV; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 546; Marcadè, art. 724, n. 4).

Crediamo poter rispondere:

1.° La precedente argomentazione ci pare trasgredire la regola fondamentale su cui gli autori del Codice Napoleone han poggiato tutto il loro sistema del devolvimento della universalità de' beni di un defunto. La qual regola si è che tutti coloro i quali, per qualsivoglia titolo, conseguano questa unversalità in tutto o in parte, van risguardati trovarsi *loco haeredum*. Tal è la veracità del fatto; ed il novello legislatore vi si è attenuto, affinchè in avvenire il diritto fosse in armonia con la verità.

È ben vero che il codice denomina alcuni *eredi*; altri *successori irregolari*; questi *donatari* o *legatari univesali* o *a titolo universale*; le denominazioni sono diverse; ma in merito le situazioni sono le stesse, in questo punto capitale, come ha benissimo statuito la Corte di cassazione: «... che il diritto ad una quota di credità implica l'obbligo di sopportare una quota proporzionale de' debiti; che questo diritto ed obbligazione sono conseguenze correlative di ogni titolo successorio universale; ... e che l'obbligo personale cui il successore a titolo universale trovasi sottoposto, sussiste con tutte le sue conseguenze legali, dal momento in cui venga investito de' beni ereditari, sia che il possesso proceda immediatamente dalla legge, sia che proceda dal rilascio ...» (Arresto 13 ag. 1851, Toussaint, Dev., 1851, I, 657.)

Laonde, in conformità di questo importante arresto, assai unisono, a creder nostro, ai testi della legge ed a' principî (art. 1002, 1009, 1012, 1013—928, 935, 966, 967), il legatario a titolo universale, benchè non abbia il possesso legale, è tenuto de' debiti, come un erede, *ultra vires emolumenti*, qualora non abbia accettato col benefizio d'inventario;

Or i successori irregolari chiamati dalla legge, i figli naturali, il coniuge superstite, e gli altri (art. 766—681) sono al certo, almeno tanto, quanto i legatari chiamati dalla volontà dell'uomo, investiti di un titolo successorio universale, e posti, come tali *loco haeredum*.

Dunque questo titolo successorio universale debbe implicare per essi altresì l'obbligo di sopportare individualmente una quota proporzionale de' debiti, eziandio *ultra vires*, ove non accettino col benefizio d'inventario.

Nè si obbietti che essi non hanno il possesso legale; dappoichè il legatario a titolo universale neppure l'ha. Di fatti, se non hanno di pieno diritto il possesso legale, ottengono, dietro loro dimanda il possesso giudiziale; e, come ha pur dichiarato la Corte di cassazione, a quando la immessione in possesso sia stata ordinata, il suo effetto risale, al pari dello effetto dell'accettazione, al giorno dell'apertura della successione . . . . . (13 giugno 1855, il prefetto della Senna, Dev., 1855, I, 689); talchè non hassi più a fare dappoi *veruna distinzione fra gli eredi del sangue ed i successori irregolari*. In somma son queste, se così vogliasi, specie di *bonorum possessores*, di cui dobbiamo dire col giureconsulto Paolo: *in omnibus enim, vice haeredum bonorum possessores habentur* (L. 2, ff. *de bon possess.*; ag. L. 2 ff. *de possess. haeredit. petit.*; *ved.* pure il nostro t. V, n. 127, 128 e 129.)

Questo primo argomento ci pare decisivo; dappoichè tornerebbe impossibile il comprendere come mai il successore irregolare, il figlio naturale, a cagion di esempio, massime quando sia chiamato a conseguire la totalità

de'beni (art. 758—674), in questa ipotesi in cui l'oratore del governo (Treilhard) positivamento dichiarava che egli succede al defunto (*ved.* Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 192), verrebbe considerato meno qual successore del defunto *in universum jus* che qual semplice legatario a titolo universale; per modo che il *de cujus* non avrebbe allora alcuno rappresentante!

E nondimeno pongasi mente che è questa a dir vero una successione fondata altresì sul legame che univa il successore al *de cujus*, sul legame di parentela pe'figli naturali, sul legame del matrimonio pel coniuge; mentre il legato universale non poggia su cotesta possente tradizione! « La successione *unde vir et uxor*, dice Pothier, è una vera successione, la quale non diversifica menomamente dalle altre successioni; ... il superstite che succede, a questo titolo, al premorto, è un vero erede ... » (Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 35).

E lo stesso Lebrun, dopo avere primamente scritto *che non evvi alcuna parentela frai coniugi, la quale li renda capaci di succedere* (lib. I, cap. VII, n. 4), soggiugne che il coniuge superstite succede *per una surrogazione che fa la legge della persona superstite a quella premorta* (lib. III, cap. 1, art. 13; confr. pure Domat, *Leggi civ.*, lib. I, sez. XIII, Introd.).

Dunque vi sarebbe contraddizione e manifesta inconseguenza nel sistema attribuente men forza alla chiamata del figlio naturale nella successione del *de cujus* che a quella del legatario a titolo universale!

2.° Laonde siffatta contraddizione non rinviensi nel nostro Codice;e,dal ravvicinamento degli articoli i quali determinano in qual modo *gli eredi ed i legatari universali ed a titolo universale* sono rispettivamente tenuti di debiti, sia tra essi, sia riguardo a' terzi (art. 870, 871, 873, 875, 1009, 1013, 1220—791, 792, 794, 795, 935, 967, 1173), sorge di necessità che, nella denominazione di *eredi*, gli articoli comprendano allora tutti i successori chiamati dalla legge, tutti i *legitimi*, regolari o irregolari, in contrapposto de' successori universali chiamati dalla volontà del defunto (*supra*, n. 132).

Diversamente bisognerebbe dire che il nostro Codice, il quale ha determinato ciò che risguarda il pagamento de' debiti ereditari riguardo agli eredi legittimi ed a' legatari universali o a titolo universale, non racchiude per contrario veruna disposizione su tal soggetto relativamente a' successori irregolari: or, giova ripeterlo, ciò è affatto inattendibile.

3.° Nel punto in cui siamo, l'argomento che la opposta dottrina ha desunto dall' art. 724 — 645 e dagli art. 774 e seg. — 694 trovasi sin da ora eliminato. Di fatti è manifesto che dall' art. 724 non risulta che *l' obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari* emerga dal possesso legale ; sì bene ne risulta unicamente, se così vogliasi, che esso deriva dal semplice possesso: or il successore irregolare, al pari del legatario a titolo universale, trovasi impossessato, quando abbia ottenuto la immessione in possesso o il rilascio. E, circa gli art. 774 e seg., i quali, affermasi, risguardano soltanto gli eredi legittimi, abbiamo dimostrato per contrario doversi applicare a tutti i successori *in universum jus*, al pari di molti altri articoli del nostro titolo (*ved.*, a cagion di esempio, art. 841 — 760).

4.° Da ultimo rimane l' argomento desunto dal perchè lo Stato non potrebbe venire astretto, como successore irregolare, al pagamento de' debiti *ultra vires*. Ne conveniamo; ma la ragione si è che di fatti lo Stato non è effettivamente un successore *loco haeredis*; nel significato tecnico del vocabolo non è una *successione* da lui conseguita; sì bene è un oggetto giacente e senza padrone, è una specie di *cosa perduta*, attribuitagli in forza di un diritto di occupazione, che egli esercita in nome e nello interessse di tutti i cittadini (art. 539, 713 — 464; *supra*, n. 156). *Populus parens omnium*, ha detto Tacito; oh! indubitamente sì ma precisamente quella *parentela*, per essere *omnium*, reputasi effettivamente *nullius*! «Se tutti mi son fratelli,diceva lo stesso scrittore socialista, io non ho più fratello ! » (Proudhon).

Ed ecco ciò che proscrive nel tempo medesimo l' autorità, invocata innanzi , del nostro antico diritto francese,il quale non ammetteva alcun successore irregolare, tranne il re o i signori, e semplicemente per beni devoluti per mancanza di eredi(Pothier, *delle Success.*, cap. VI). Soggiungasi che le regole essenziali della pubblica azienda osterebbero inoltre a che lo Stato fosse tenuto oltre i valori da lui conseguiti, ed altrimenti che sui valori medesimi.

460 *bis* — 4.° I successori irregolari, una volta immessi in possesso, han diritto a' frutti de' beni ereditari, a computare dal giorno dell'apertura della successione: *fructus augent*

haereditatem (confr. L. 20, § 3, L. 28, ff. *de haeredit. petit.*, ed il nostro t. II, n. 217 e 222, art. 757; arresto C. cass. 7 giugno 1837, Rigoux e Laboun, Dev. 1837, I, 582 e 586; decis. C. di Parigi 13 aprile 1848, Chapeau, Dev., 1848, II, 213; Nicias Gaillard, *Rivista critica di giurispr.*, 1852, p. 359).

Se coloro i quali posseggano la credità, eredi legittimi o successori irregolari, ignorino la esistenza de' successori irregolari che non si fossero ancora presentati, lucreranno indubitatamente, secondo il diritto Comune, i frutti da essi percepiti di buona fede (art. 138, 549 — 144, 474).

Ma se la loro esistenza sia nota, il diritto de' successori irregolari, relativamente a' frutti, ci pare lo stesso che quello degli eredi legittimi; e se non formino una dimanda d' immessione in possesso o rilascio, gli altri suc-sori possono convenirli in giudizio e constituirli così in mora di formare la loro dichiarazione.

Non pertanto dobbiamo confessare che questa dottrina è controversa; e la giurisprudenza pare anche inclinare sommamente alla opposta soluzione (confr. arresto C. cass. 22 marzo 1841, Desiré Delille, D., 1855, II, 187).

« Atteso, dichiara l' arresto del 22 marzo 1841, che ... nel dubbio legale della volontà di dimandare la immessione in possesso, e finchè questa volontà venga manifestata con una azione, gli eredi legittimi godono della eredità di cui trovansi impossessati di pieno diritto, con una buona fede la quale neppur sarebbe alterata dalla cognizione particolare di diritti non esercitati e che possono non esserlo; — Atteso che il miglior comento degli art. 724 e 756 — 645 e 674 rinviensi nell' art. 1005—931, in cui si ravvisa che, per accordare al legatario universale il godimento prima della dimanda di rilascio, il legislatore ha avuto cura di esprimerlo e vi ha anche apposto per condizione che tal dimanda venisse formata entro l'anno dal dì della morte . . . »

Ma da un lato ci pare malagevole il risguardare di buona fede gli eredi legittimi, i quali conoscano la esistenza e la chiamata de' successori irregolari, di quei sucessori i quali sono pure essi proprietari sin dal giorno dell'apertura della successione (*ved.* il nostro t. IX, n. 594 e seg.).

D'altro lato la regola si è che i frutti di una cosa appartengono al proprietario (art. 547 e 548 — 472 e 473): or, giova riperterlo, i successori irregolari sono proprietari *a die mortis* (art. 711 — 632); e questa proposizione sembra qui tanto più applicabile in quanto che trattasi di una massa di beni che i frutti debbono naturalmente aumentare nello interesse comune di tutti i condomini, ed i diritti ereditari de' figli naturali vengono regolati dalla legge, salvo la correlativa quota, su la totale eredità, nella stessa guisa de' diritti de' figli legittimi (art. 757—674). Finalmente, invocando l' art. 1005, non affermasi se questo articolo fosse almeno applicabile a' successori irregolari. Sembra ancor supporsi la negativa, talchè il successore irregolare non avrebbe mai diritto a' frutti a computare dal dì dell' apertura della successione , ancorchè avesse formato la dimanda di rilascio entro l'anno dal dì della morte: or, sarebbe strano che la legge lo avesse trattato molto men favorevolmente sotto questo rapporto che un legatario.

Dunque opineremmo che sarebbe meglio fondato e più consono a' principî riconoscere in essi il diritto a' frutti a principiare dal giorno dell' apertura della successione.

161. — 5.° Abbiam detto (*supra*, n. 157) che i successori irregolari, in qualsivoglia epoca la immessione in possesso siasi loro accordata, dopo l' apertura della successione, possono opporre la prescrizione ad ogni successore, eziandio legittimo, il quale rivendicasse contro di essi la eredità; che possono opporre loro la prescrizione, nelle stesse condizioni secondo cui un parente legittimo più remoto, il quale avesse accettato la eredità in detrimento del parente più prossimo, potrebbe opporla a costui.

Ecco, intorno a questo subbietto, il nostro divisamento:

A norma di una dottrina la quale ci sembra oggidì trionfante, il parente più prossimo, l'erede legittimo, il quale avesse lasciato trascorrere trent' anni senza accettare nè rinunziare, non può più rivendicare la eredità contra il parente più rimoto, il quale abbiane preso possesso, ancorchè il possesso di costui non avesse perdurato un trentennio; ed il motivo che se ne adduce si è che la sua accettazione ha avuto un effetto retroattivo nel giorno dell' apertura della successione (art. 777—694; confr. decis. C. di Rouen 6 giugno 1848, d'Imbleval, Dev., 1839, II, 129; arresto C. cass. 14 giugno 1840, Bowermann, Dev. 1840, I, 59; decis. C. di Parigi 12 dic. 1851, Saulx—Tavonne, Dev., 1851, II, 769).

Questa dottrina è, a creder nostro, oltremodo controvertibile; e noi torneremo a ragio-

parne (su l'art. 789; confr. arresto C. cass. 23 gennaio 1837, de Larrey, Dev., 1837, 1, 393; arresto C. cass. 25 mag. 1840, Cheval, Dev., 1840, 1, 625).

Ma ciò che dobbiam dire, sin da ora, si è che non evvi, a creder nostro, veruna differenza da stabilire, sotto questo rapporto, tra gli eredi legittimi ed i successori irregolari, e che se questa dottrina è ben fondata per gli uni, debbe esserlo altresì per gli altri.

Non pertanto si è preteso l'opposto; e fra coloro medesimi, i quali non ammettono l'erede legittimo a rivendicare, dopo un trentennio d'inazione, l'eredità contra il parente più remoto, quantunque il possesso stesso di costui non abbia la durata di un trentennio, alcuni l'ammettono ad esercitare tal rivendicazione avverso il successore irregolare, il quale avesse ottenuto la immessione da meno di un trentennio (confr. decis. C. di Parigi 2 dic. 1844, Demanio dello Stato, Dev., 1848, II, 262; 6 apr. 1854, Demanio dello Stato, Dev., 1854, II, 705; Massè, *osservazioni*, Dev., 1855, I, 689, nota 1).

Ma è questa una distinzione la quale ci pare inammissibile; ed avvisiamo che, ammessa una volta la dottrina per l'erede legittimo, è uopo affermare con la Corte di cassazione: «... che la legge non fa, su tale obbietto, veruna distinzione fra gli eredi del sangue ed i successori irregolari...; e che, ordinata la immessione in possesso, il suo effetto risale, come l'effetto dell'accettazione, al giorno dell'apertura della successione... » (arresto 13 giugno 1855, il prefetto della Senna, Dev., 1855, I, 689; agg. decis. C. di Rouen 29 apr. 1826, Pinet, *Gazzetta dei Trib.* del 6 mag. 1856; Carlo Ballot, *Rivista pratica di diritto francese*, t. 1, p. 455).

162. — Ma diversamente accade, quando l'erede legittimo, avendo rinunziato alla successione, voglia dappoi accettarla.

Bentosto dimostreremo che, ottenuta la immessione in possesso, o forse anche semplicemente dimandata da un successore irregolare, gli forma allora al certo ostacolo (*supra*, n. 156; confr. decis. C. di Parigi 25 lug. 1826, de Vergennes, Sirey, 1827, II, 104; di Bordò 15 gen. 1848, Sauvaget, Dev., 1848, II, 265; Carlo Ballot, *loc. supra cit.*, n. 161).

163. — Finalmente abbiamo detto che i successori irregolari hanno gli stessi diritti che avrebbe un erede legittimo, riguardo ai terzi compratori, cui si fossero trasmessi da un erede apparente beni ereditari, nello intervallo dall'apertura della successione alla loro immessione in possesso.

E questa tesi, al punto in cui siamo, è affatto semplice; dappoichè, da un lato, anche prima della immessione in possesso, erano proprietari (art. 711—632; *supra*, n. 156); e dopo la immessione in possesso, possono esercitare tutte le azioni ereditarie, e conseguentemente altresì la rivendicazione, tranne quando trovisi un mezzo di garentire il terzo compratore; ma questo mezzo, qualunque sia, non sarà migliore per lui, contra un successore irregolare, che non sarebbe contra un erede legittimo (ved. il nostro t. II, n. 232 e seg.).

CAPITOLO II.

DELLE QUALITÀ RICHIESTE PER SUCCEDERE.

SOMMARIO

164. — Tutto ciò che riguarda le cause, sia d'incapacità, sia d'indegnità, è applicabile a' successori irregolari del pari che agli eredi legittimi.
165. — Delle incapacità di trasmettere nel nostro antico diritto.
166. — Della incapacità di trasmettere sotto l'impero del Codice.
166 *bis*. — Continuazione.
166 *ter*. — Continuazione. — A chi mai appartengono i beni dello straniero trapassato, che non lasci alcun successore regolare nè irregolare?
166 *quater*. — Continuazione.
167. — Continuazione.
168. — Questo capitolo tratta delle qualità richieste per succedere. — Esposizione. — Divisione.

164. — La intitolazione di questo capitolo, *Delle qualità richieste per succedere*, ci dinota primieramente applicarsi a' successori irregolari del pari che agli eredi legittimi: dappoichè ancor essi succedono (art. 711—632); e lo stesso carattere delle condizioni dalla legge richieste qui è tale che ad evidenza non potrebbe comportare alcuna distinzione fra le diverse classi di successori.

Tutto ciò che risguarda le cause, sià d'incapacità, sia d'indegnità, è dunque applicabile agli uni come agli altri (confr. Duvergier; sopra Toullier, t. II, n. 106, nota *a*).

Indarno si è voluto eccettuare da questa regola la terza causa d'indegnità enunciata dall'art. 727 — 648, obbiettando che, secondo il testo di questo articolo, applicasi al solo *erede*; dappoichè il vocabolo *erede* viene qui

adoperato *lato sensu*, per dinotare qualunque successore; e la ragione neppure permette, sotto questo rapporto, una distinzione fra le diverse cause d'indegnità (confr. Massè e Vergè, t. II. p. 239).

165. — Questo capitolo tratta delle sole qualità richieste per *succedere* ed è silenzioso relativamente alle qualità necessarie per *trasmettere*.

Per l'opposto il nostro antico diritto regolava nel tempo stesso le condizioni della successione *passiva* ed *attiva*.

Un tempo venivan considerati come incapaci di successione *passiva*, cioè ad obbietto di trasmettere:

1.° Coloro i quali avevan perduti la vita civile per una condanna a pena capitale;

2.° Gli stanieri o ferestieri non naturalizzati, ed i Francesi che avessero abdicato alla loro patria;

3.° Alcune altre persone, come i religiosi ed i servi (confr. Pothier, *delle success.*, cap. 1, sez. 1, ed Introduz. al tit. XVI della cons. di Orleans, n. 3 e 5).

166. — Il Codice Napoleone aveva eziandio dichiarato, nel suo art. 25, che il morto civilmente non potrebbe *trasmettere*, a titolo di successione, i beni che avesse acquistato dopo incorsa la morte civile (agg. art. 33).

Esso stabiliva la sola incapacità di trasmettere; ed oggidì questa neppure esiste più dopo avere la legge del 31 maggio 1854 fatto sparire la morte civile.

166 *bis*. — Relativamente agli stranieri il *diritto di albinaggio* propriamente detto, il quale attribuiva le eredità loro allo Stato, venne abolito con la legge de'6 ed 8 agosto 1790; ed abbiamo già osservato altrove che il Codice Napoleone non l'avova menomamente ripristinato; dappoichè dichiarava semplicemente gli stranieri incapaci di *succedere* in Francia, senza stabilire contro di essi alcuna incapacità di *trasmettere* (confr. art. 726 e 912—647 e 828, ed il nostro t. I, n. 244, *ved.* eziandio *infra*, n. 193).

166 *ter*. — Altronde soggiugniamo che lo straniero trasmette la sua eredità in Francia sol quando lasci successori, regolari o irregolari, figliuolo naturale o coniuge.

In mancanza di ogni successore, la eredità si devolve allo Stato a titolo di difetto di eredi, in virtù degli art. 539 e 713—464; dappoichè è manifesto che non potrebbe devolversi, a questo titolo, al sovrano del paese cui apparteneva lo straniero trapassato (confr. decis. C. di Parigi 15 nov. 1833, Barnet, D., 1834, II, 2).

166 *quater*.—Dunque il vero si è che non evvi, nel nostro attuale diritto, veruna incapacità di succedere *passivamente*, cioè di trasmettere; e di fatti questa incapacità produceva sempre finalmente, in modo più o meno indiretto, la confiscazione da' nostri costumi e dalle nostre leggi sì giustamente riprovata (*infra*, n. 192).

167. — Un tempo ammettevasi che, per poter trasmettere la eredità, non è necessario esser nato in legittimo matrimonio; e che se un figlio naturale, un *bastardo*, come allora diccvasi, può avere per eredi soltanto i suoi figli, i suoi genitori o il suo coniuge, *ciò non accade per difetto di capacità nella sua persona di trasmettere la sua eredità, ma perchè non ha altri parenti per raccoglierla* (Pothier, *delle Success.*, cap. 1, sez. 1).

Questa osservazione è ancora oggidì pienamente ben fondata.

168.—Esponiamo ora ciò che constituisce l'obbietto del capitolo in esame.

Il legislatore richiede, per potersi succedere, due condizioni, cioè l'esser capace ed il non essere indegno.

Dunque naturalmente dovremo ragionare intorno a tre punti:

1.° Quali sono le cause d'incapacità;

2.° Quali sono le cause d'indegnità;

3. Quali sono gli effetti della incapacità e della indegnità.

SEZIONE I.

Quali sono le cause d'incapacità?

SOMMARIO

169.—Ogni persona può succedere, qualora non vengane dichiarata incapace dalla legge.

170.—A norma degli art. 725 e 726 del Codice, le qualità richieste per succedere riferisconsi: 1° alla vita naturale di chi debbe esser erede; 2° alla sua vita civile: 3° alla sua nazionalità.

171.—La incapacità, risultante dalla morte civile, non sussiste più presentemente.

172.—Della nazionalità o della estraneità dell'erede. — Rimando.

173.—Della esistenza naturale dell'erede nel momento dell'apertura della successione.—Esposizione.—Divisione.

169. — La regola generale si è che ogni persona può succedere, se non ne venga dichiarata incapace dalla legge.

È, appo noi, un principio di diritto comun

che la capacità è la regola, e la incapacità la eccezione (confr. art. 902, 1123 — 818, 1077).

Lo stesso art. 725—646, come ravviseremo, ne è un'applicazione; dappoichè enumera non gl' individui capaci, ma soltanto gli *incapaci*.

470. — Ecco primamente come esprimonsi i due testi, onde vengono stabilite le incapacità di succedere:

Articolo 725: « Per poter succedere è necessario di esistere nel momento in cui si apre la successione.

« Sono quindi incapaci di succedere:

« 1.° Colui che non è ancora concepito;

« 2.° Il fanciullo che non è nato vitale;

« 3.° Quegli che è morto civilmente. »

Articolo 726 — 647: « Uno straniero non « è ammesso a succedere ne' beni che il suo « parente straniero o francese possedeva nel « territorio del regno, se non nel caso e nel « modo con cui un Francese succede al suo « parente possessore di beni nel paese di que« sto straniero, in conformità delle disposi« zioni dell' articolo 11 al titolo *del godimen« to e della privazione de' diritti civili*. »

Ben si ravvisa che le qualità richieste per succedere riferisconsi, a norma di questi testi, a tre condizioni:

1.° Alla vita naturale di chi debbe esssere erede;

2.° Alla sua vita civile;

3.° Alla sua nazionalità.

471.—È uopo sin dalle belle prime escludere la condizione relativa alla vita civile: abbiamo già detto (*supra*, n. 466) che la morte civile è abolita oggidì dalla legge del 31 maggio 1854 (*ved.* altronde intorno a questo subbietto il nostro t.1, n. 202 e seg.).

472. — Relativamente agli stranieri, la legge del 24 luglio 1819 ha abrogato similmente, per ciò che li risguarda, l'art. 726 del Codice Napoleone; ed oggidì son capaci di succedere al pari de' Francesi (*ved.* pure il nostro t. 1, n. 93 e seg., e n. 244).

Nondimeno questa legge permette, in alcuni casi, a pro de' coeredi francesi dell'erede straniero un prelevamento intorno a cui dovremo intrattenerci (*infra*, n. 490 e seg.).

473.— Dal fin qui detto risulta esservi effettivamente, sotto l' impero del Codice, una sola causa d' incapacità di succedere, cioè quella risultante, se è lecito esprimersi così, dal *nulla*, cioè dal non esservi esistenza naturale nel momento dell' apertura della successione. Ed ancora non è questa una causa d'incapacità propriamente detta, ma piuttosto una condizione essenziale e *sine qua non* di ogni chiamata qualsivoglia, ereditaria o altra (*infra*, n. 475 e 485).

La mancanza di questa condizione può provenire:

Sia dal perchè colui, in nome del quale si dimandasse la successione, aveva già cessato di esistere nel momento della sua apertura;

Sia dal perchè non era ancora cominciato ad esistere in questo momento.

Noi già ci intrattenemmo intorno al primo caso (*supra* n. 92).

Qui ci intratterremo intorno al secondo.

E dappoi esamineremo ciò che risguarda l'ipotesi della estraneità dell'erede.

§ 1.

Della esistenza naturale dell'erede nel momento dell'apertura della successione.

SOMMARIO.

174.—Il figliuolo, il quale sia concepito nello istante dell' apertura della successione, può succedere.—Spiegazione.

175.—Ma almeno è uopo di necessità esser concepito in questo momento per succedere.

176.—La chiamata ereditaria del figlio, semplicemente concepito, va subordinata alla condizione che egli nascerà vivo o vitale.—E primieramente è mestieri che nasca.

177.—È uopo che nasca vivo.—A quali segni dovrassi riconoscere che il figlio sia nato vivo?

178.—Continuazione.

179.—Nato vivo il fanciullo, poco monta che sia morto quasi immediatamente dopo la sua nascita.

180.—Ma è necessario che il figlio sia nato *vitale*. — Quale è il significato di questo vocabolo? — Esposizione della dottrina dell'antico diritto intorno alla *vitalità*.

181.—Tal dottrina è stata forse ritenuta da' compilatori del Codice Napoleone?

182.—*Quid*, se il parto della donna sia deforme per modo da constituire un *mostro*?

183.—Da chi ed in qual guisa debbonsi provare: 1°. il concepimento del fanciullo nel momento dell'apertura della successione; 2°. la sua vita; 3°. la sua vitalità.

184.—1°. Della pruova del concepimento del figlio nel momento dell'apertura della successione.

185.—Continuazione.

186.—2°. Della pruova essere il fanciullo nato vivo.

187.—3°. Della pruova essere il fanciullo nato vitale.

188.—Finchè il fanciullo, chiamato a succedere, trovisi ancora nel seno della madre, quale è mai, *interea*, il diritto de' parenti del grado susseguente, o de' coeredi del fanciullo concepito?

189.—Continuazione.

474.—Per poter succedere, dichiara l'art. 725—646, è necessario di esistere nel momento in cui si apre la successione.

Sono quindi incapaci di succedere:

1°. Colui che non è ancora concepito;

2°. Il fanciullo che non è nato vitale.

Da questa medesima formola risulta che la legge considera già esistente chi sia concepito (agg. art. 906—822).

Appo i romani i figli semplicemente concepiti andavano compresi nel novero delle persone incerte:e come tali non potevano essere instituiti. Ma in più circostanze, *in compluribus causis*, non veniva seguitato cotesto principio, risguardando, per una specie di finzione, il figlio concepito come già nato (*ved.* Inst., *de tutel.*, § 4; L. 7 ff. *de Statu homin.*).

Si è insegnato che il legislatore francese non abbisognò di ricorrere, a veruna finzione simigliante, e che di fatti i testi del nostro Codice, lungi dal racchiuderne la traccia, annoverano positivamente i fanciulli concepiti fra le persone esistenti (art. 725, 906; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 416).

Nondimeno cotesta proposizione ci pare troppo generale: il vero si è che il fanciullo nel seno della madre, il *foetus*, non ha ancora una esistenza distinta da quella della madre..., *pars viscerum matris*: mercè la sola nascita acquista una esistenza indipendente ed *extra-uterina*; ed in realtà da questo momento va annoverato fra le persone. Quindi l'età si calcola a computare dal dì della nascita, e non dal dì del concepimento (*supra*, n. 405); ed abbiamo avuto già più volte la occasione di ravvisare che non bisognerebbe sempre, eziandio sotto l'impero del nostro Codice, risguardare esistente il fanciullo semplicemente concepito (confr. art. 435, 964—357, 886; il nostro t. I, n. 45 e 464; ed il nostro t. VII, n. 436).

Dunque similmente, sotto alcuni riguardi, per singolar favore, il figlio semplicemente concepito viene ammesso a succedere; il qual favore trovasi del resto benissimo giustificato, ci è forza convenirne, dappoichè in ultima analisi la esistenza, se non sia ancor cominciata, ha principio nel concepimento, ed il fanciullo nascituro avrà effettivamente bisogno de' beni ereditari attribuitigli.

Altronde non evvi luogo a distinguere (come nondimeno erasi un tempo divisato) i diversi periodi più o meno inoltrati della gestazione, nè se il fanciullo fosse già formato, o se fosse ancora, per la poca durata della gravidanza (a cagion di esempio ne' primi quaranta giorni) una semplice parte delle viscere medesime della madre (confr. Lebrun, *delle Success.* lib. I, cap. III, n. 4).

175.—Ma almeno è nopo assolutamente essere concepito nel momento dell'apertura della successione.

Muore un individuo, lasciando eredi i suoi genitori e suo fratello (art. 748, 749—674). Poscia, un anno dopo, per esempio, i genitori procreano altro figlio: costui nulla potrà pretendere nella successione aperta anteriormente al suo concepimento.

Similmente, nel momento dell'apertura della successione, il *de cujus* lascia per ogni erede un figlio; e con la rinunzia o la indegnità di costui, la eredità è devoluta ad ascendenti o collaterali; ma lo stesso figlio del defunto, un anno dopo, ha un figlio. Forse questo figlio potrebbe pretendere la eredità dell'avo? No indubitatamente. Due ne sono le ragioni:

La prima si è che le eredità vengono deferite a' parenti (art. 731—654): or la parentela è una relazione che richiede ad evidenza due termini; e quindi può stabilirsi solo fra le persone che abbiano coesistito nel tempo stesso e simultaneamente; dunque il fanciullo concepito sol dopo la morte del *de cujus* non fu mai suo parente, nè fratello, nè nipote. Laonde appo i romani, benchè l'eredità intestata non venisse sempre deferita in tempo della morte, ma semplicemente quando era indubitato che il defunto non avesse erede testamentario, il nipote, concepito dopo la morte dell'avo, non poteva essere suo erede, anche quando la successione si fosse effettivamente aperta sol dopo il suo concepimento... *deserto postea avi testamento*; e Giustiniano ne adduce precisamente il motivo: *quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit* (§ 8, Inst., *de haeredit. quae ab intestat.*; *ved.* pure il nostro t. III, n. 114).

La seconda ragione si è che le successioni vengono deferite dalla legge, senza lacuna, senza intervallo, nel momento stesso della loro apertura, a coloro i quali trovansi, in quel momento, capaci di conseguirla: or questa devoluzione non è condizionale, e non potrebbe esserlo, altrimenti verrebbe sparsa la più funesta incertezza nelle famiglie ed in tutti i diritti: dunque, raccolta la eredità da colui che aveva qualità a tale obbietto, trovasi da esso in avvenire irrevocabilmente acquistata, e non potrebbe esserne spogliato per alcuno avvenimento posteriore.

Ciascuno di tali argomenti è decisivo.

E non pertanto la opposta tesi ebbe proseliti sotto l'impero dell'antico diritto francese: essa veniva difesa da Serres, il quale cita pu-

re una decisione del parlamento di Tolosa del 14 agosto 1725, onde venne statuito che la nipote poteva consegnire, di propria ragione, la eredità dell' avo trapassato più anni prima del suo concepimento, quando la eredità sua era ancora *jacente* (*Inst. di Diritto francese*, lib. II, tit. 1, § 8; confr. eziandio Lebrun, *delle Success.*, lib. I, cap. 5, sez. 1. *distins.* 2; Basnage su l' art. XC. della Cons. di Normandia; Flaust, t. I, p. 5— 6). Avvenne similmente che, avanti al parlamento di Parigi un nipote nato *trentaquattro anni* dopo la morte dell'avo, pretese nondimeno aver diritto alla sua eredità. Con decisione del dì 11 marzo 1692 è ben vero che questa pretenzione venne dichiarata inammissibile,su le conclusioni uniformi di d'Aguessean;ma lo stesso illustre cancelliere chiese se almeno una persona, comunque concepita soltanto dopo l'apertura della successione, dovesse escludere il fisco; ed egli rispondeva che potevasi *humanitate suadente*, anteporre il nipote al fisco! (Confr. Merlin, *Rep.*, v. *successione*, sez. 1, art. 1, n. 1 e 2).

Indubitatamente è uopo mostrare,su questo punto, più fermezza e chiarezza oggidì: il testo dell' art. 725 è positivo; e conseguentemente, anche quando il nipote fosse stato concepito poco tempo dopo la morte dell'avo (facciamo uso delle espressioni che generalmente adopransi in tale ipotesi, comunque a dir vero non rinvengasi allora nipote nè avo), ancorchè la eredità dell' avo fosse devoluta al fisco, o non si fosse ancora appropriata da alcuno e fosse giacente, il preteso nipote non avrebbe alcun diritto a questa eredità. Indarno sosterrebbesi che nessun diritto trovasi ancora acquistato da altri; la risposta si è che il diritto si acqnista da colui che il dimanderà dappoi; ed altronde rimane sempre la ragione, di per sè sola convincente, che il reclamante non è stato il parente del *de cujus*. Siffatta soluzione potrebbe sembrare rigorosa in alcuni casi più o meno eccezionali; ma è dessa assoluta e non potrebbe mai declinare.

176. — Ad evidenza altresì la chiamata ereditaria del fanciullo appena concepito va subordinata alla condizione che egli nascerà vivo e vitale, si *fuerit editus* (L. 3, § 9, ff. *de suis et legit. haered.*).

E primieramente è uopo che *nasca*, cioè :

1.° Che siavi *un parto*, e non *un dileguamento* o *un aborto* del feto (confr. Roussilhe, *Inst. del Diritto legittim.*, t. 1, p. 88; Locrè, t. VI, p. 39);

2.° Che il fanciullo esca vivo dal seno della madre, e che assuma così una vita affatto distinta ed indipendente, *si vivus ad orbem totus processit* (L. 3 *Cod. de posth.*).È necessario, diceva Heurys, che il fanciullo sia vivo *dopo uscito perfettamente dal seno della madre* (t. II, *aringa* 5).

Poco monta che sia stato estratto mercè della operazione cesarea o altra, prima o anche dopo la morte della madre, e che esso medesimo sia morto quasi immediatamente, *exciso ventre matris praemortuae* (Louet, *Rac. di giudicati notabili*, t. 1, p. 660). Non abbiamo ammesso in Francia la opinione di Zacchia, il quale voleva che il fanciullo, estratto dal seno della madre mercè della operazione cesarea,vivesse almeno ventiquattro ore per essere risguardato vitale(*Quistioni medico-legali*, lib. IX, tit. II, *Quist.* , 1, n. 23).

Ma almeno è necessario, in tutti i casi, che sia stato separato dal corpo della madre;e non crediamo potersi considerare come nato il figlio il quale non fosse uscito dal seno della madre, anche quando si pretendesse esservi stato scoperto vivo, ed avesse ricevuto il battesimo in tale stato di embrione ; dappoichè questa vita, da lui goduta, non sarebbe stata extra-uterina (confr. Cologne 14 marzo 1853, Péters, D., 1855, II, 338).

177. — È uopo, diciamo, che il fanciullo nasca *vivo*.

Ma come ed a quali segni dovrassi ravvisare che il fanciullo nacque vivo ?

È questa quistione di malagevole scioglimento, la quale da secoli fu l' obbietto d' innumeri controversie, ed è a dir vero quasi sempre una quistione di fisiologia e di medicina anzichè di diritto.

In due casi la difficoltà non incontrerassi in generale, cioè:

1.° Se il fanciullo sia nato morto:*Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur*, *quia nunquam liberi appellari potuerint* (L. 129, ff. *de verb. signif.*; confr. pure art. 9 del progetto corrispondente al l' art. 725 ; Locrè, t. X, p. 71);

2.° Se per contrario,dopo nato, abbia avuto, come diceva Ricard, *una continuazione di vita abbastanza considerevole* per tornare manifesto di essere vissuto (*delle Donazioni*, trat. 2. cap. V, n. 500).

178. — Ma spesso accade che morto il fanciullo quasi immediatamento dopo la sua nascita; e quando non sia certo esser nato morto , trattasi conoscere se abbia avuto vita.

Compete agli uomini dell'arte, innanzi tutto, chiarire, su questo punto di fisiologia e di medicina legale, la coscienza de' magistrati.

Ciò che possiam dire in generale si è che fa mestieri, per considerarsi un fanciullo nato vivo, che abbia avuto di fatti una vita indipendente, a lui propria, una vita da ultimo compiutamante estra-uterina.

Altronde non debbesi ravvisare una pruova di questa vita distinta in ogni movimento che potrebbe fare il corpo del fanciullo. Le pulsazioni, i moti convulsivi, respirazioni imperfette accompagnate da sospiri, non sono per lo più che la continuazione della vita intra-uterina; e *possono procedere*, come diceva Pietro Lemaistre, *da un residuo di calore* (*tit.* XV, *delle Successioni*, art. 316, p. 490). Precisamente in questo senso il progetto del Codice Napoleone dell' anno VIII dichiarava incapace di succedere il fanciullo nato prima del 186.° giorno, *anche quando avesse dato alcuni segni di vita*, dappoichè questi venivano considerati non come quelli di una vita a lui propria ed extra-uterina, ma di una vita che aveva a titolo di dipendenza di quella della madre.

La pruova di questa vita distinta risulta dalla perfetta respirazione (confr. Merlin, *Quist. di diritto*, v. *Vita*. § 1).

I vagiti o i lai del fanciullo, *voce emissa*, non permettono porre in dubbio che il fanciullo, abbia perfettamente respirato, e che quindi abbia esclusivamente vissuto di per sè.

Parecchi anzi pretendevano che questa pruova era l'unica che dimostrasse la vita del fanciullo; ma, sin da'tempi di Giustiniano, fu rimossa tal controversia; e si riconobbe che i vagiti comunque la miglior pruova, nondimeno non erano l' unico indizio possibile della esistenza, la quale potrebbesi stabilire pure mercè altre pruove (confr. L. 3 Cod. *de posth.*; Lacombe, v. *Fanciullo*, n. 6 Koenigswarther, *Rivista di legisl.*, t. XVI, p. 326).

Soggiugniamo semplicemente con Henrys, che bisogna che i segni della vita non sieno equivoci, ma certi ed evidenti (t. III, p. 757).

179. — Tostochè il fanciullo abbia avuto vita, poco monta che sia trapassato quasi immediatamente dopo la sua nascita, per malattia o accidente, come se, a cagion di esempio, la levatrice o la nutrice l'abbia lasciato cadere a terra (L. 3 Cod. *de posth.*; confr. Rousseau — Delacombe, v° *Fanciullo*, p. 260; Montvallon, delle *Successioni*, t. I, cap. V, art. 49).

La esistenza, eziandio momentanea ciullo, per quanto breve abbia potuto è stata sufficiente a renderlo capace al lo della legge civile : esso medesimo l que potuto raccogliere e trasmettere;e potuto rivocare le donazioni nel caso c plato dall' art. 960 ec. — 885 (confr C. di Angers 25 maggio 1822, Hamon. 1823, II, 105; Merlin, *quist. di dr.* V § 1; Duranton, t. VI, n. 77).

Ben si ravvisa che la esistenza di alcur ti, di alcuni minuti soltanto, o anche nel fanciullo nato, può produrre, senza gli medesimo vi abbia avuto effottiv alcuno interesse, una notevole inv nell' ordine delle successioni ed un gr mutamento ne' beni di fortuna.

« Ciò che può formare tal quistione va Domat, non è l'interesse de' figli me ma quello di altre persone. Quindi, a di esempio, se una vedova partorisca, morte del marito, un fanciullo di q cinque mesi, il quale muoia immediat dopo la sua nascita, la quistione sorg questa vedova, la quale dimanderà ciò leggi le attribuiscono su' beni paterni glio che ella pretenderà essere succe padre, e gli eredi del padre i quali pr ranno che questo fanciullo, non avend to vivere, non ha potuto succedere. alla qual cosa sarà uopo sentenziare s potuto succedere o pur no al padre. Ed rà lo stesso pe' beni materni del fa qualora, sopravvissuto alla madre trap cagione del parto, il padre dimandasse so gli eredi della madre ciò che gli sp doi beni materni di questo fanciullo *gi civili*, lib. 1, tit. 1, sez. II, p. 313)

180. — Ma almeno è indispensabile, il fanciullo, nato vivo, non sia vissu fosse nato *vitale*.

Qual'è mai il significato di questo vo

Noi avvisiamo che esso esprima l'att a vivere pel corso di una vita di media *vitae habilis*, *vitalis*, e che conseguen te debbesi considerare come non vital ciullo il quale nasca, in certa guisa, mente per morire quasi immediatame vendogli la natura negato le condizioni sarie a vivere.

Nondimeno è uopo che aggiugniam dottrina del nostro antico diritto f parrebbe essere stata, su questo punt to diversa, e che la *vitalità* dinotass non l' attitudine a vivere durante un

più o men lungo, ma unicamente l'attitudine a vivere la vita estra-uterina; talchè i vocaboli *vivo* e *vitale* tornerebbero finalmente sinonimi.

Gli antichi giureconsulti distinguevano all'obbietto due ipotesi:

Primieramente quella del fanciullo nato in tempo;

In secondo luogo quella del fanciullo nato innanzi tempo.

A. Rispetto al primo, essi il dichiaravano capace di succedere e trasmettere, qualora nascesse vivo, ancorchè non conformato in guisa da poter vivere: eglino eccettuavano il solo *mostro*, *mostruosus partus*, il quale non aveva la figura umana.

Questa soluzione era principalmente fondata su tre motivi: 1° il fanciullo nato vivo, comunque conformato in guisa da non poter vivere, trovasi sempre, dicevasi, formar parte, come una persona, della società civile e della famiglia; ed è giusto, da un lato, che possa succedere, dappoichè al postutto abbisogna de' beni di questo mondo, almeno pe' pochi giorni o per le poche ore, ovvero pe' pochi istanti della sua vita; e d' altro lato, che possa trasmettere, dappoichè la sua nascita, e le cure e le sofferenze che la precedettero, han costato a' parenti ciò che costa loro la nascita degli altri figliuoli; 2° altronde nulla più è malagevole, eziandio per le persone dell'arte, del determinare con certezza se il fanciullo nato vivo sia o pur no in istato di conservare la vita ricevuta; 3° finalmente le successioni non possono rimanere sospese: or che cosa diverrebbe mai l'eredità spettata a questo fanciullo nato vivo, durante sua vita, ove si sostenesse non poter nulladimeno succedere, trovandosi fatalmente condannato a morire entro un termine più o meno prossimo? La eredità finchè esiste, non può appartenere ad alcun altro; e non pertanto neppur può non appartenere ad alcuno!

B. Relativamente al fanciullo nato innanzi tempo, la opinione più generale si era che non poteva succedere; ma questa opinione era fondata unicamente sul perchè la nascita innanzi tempo pareva escludere la vita estra-uterina. Quindi la quistione se il fanciullo fosse o pur no *vitale*, non sorgeva, quando era certo che il figlio, ancorchè nato innanzi tempo, fosse vissuto di per sè di una vita propria ed indipendente: sorgeva la quistione di *vitalità* sol quando i segni di vita fossero stati equivoci, ed era incerto se il fanciullo fosse nato morto o avesse avuto una vita propria e distinta. Allora appunto disaminavasi se il fanciullo fosse nato in tempo. La quistione che agitavasi si era se la gestazione fosse durata più di quattro o cinque mesi per esservi *vitalità*; ed il dissentimento consisteva in ciò che, per alcuni, la nascita innanzi tempo era una pruova che escludeva la vita estra-uterina, mentre gli altri vi ravvisavano una presunzione suscettiva di combattersi con la pruova in contrario.

Non sarà privo d'interesse il rammentare qui le autorità del nostro antico diritto, le quali sembrano sancire tal dottrina.

Laondo Domat, esponendo la opinione di coloro che volevano dichiarare capace di succedere il fanciullo nato innanzi tempo, insegnava che « le leggi chiamano indistintamente tutti i figli alle successioni ed escludono da questo numero soltanto coloro i quali, nascendo senza umana figura, non possono andare annoverati fra le persone; che comunque i figli medesimi possano fare poco uso de' beni, *la condizione loro in questo punto non è diversa da quella de' fanciulli i quali, nati in tempo, nascono incapaci di vivere e muoiono immediatamente dopo nati... per qualche infermità o mancanza di conformazione, la quale rendendo loro la vita impossibile e l'uso dei loro beni inutile, non li rende perciò incapaci delle successioni...* » (*Leggi civili*, lib. I, tit. I, sez. II, p. 313-315).

« La quistione non consiste nel conoscere, diceva Pocquet de Livonnière, se il fanciullo nato prima del centottantaduesimo giorno dal concepimento sia vitale per raccogliere una eredità, ma se sia legittimo; *dappoichè, dal momento in cui ha principiato a vivere, è sicuro di esser vitale...* » (*Regole del diritto francese*, p. 194).

E finalmente gli autori del Nuovo Denizart riassumevano così l'argomentazione di coloro i quali volevano che i fanciulli, eziandio nati innanzi tempo, fossero capaci di succedere:

« 1°. Non è ben fondato il sostenere che il fanciullo nato innanzi tempo non abbisogni de' beni di questo mondo.... Non potrassi pretendere giammai essere uopo negargli ogni soccorso; dappoichè è impossibile che possa conservare la vita ricevuta;

« 2°. Le medesime ragioni dovrebbero similmente determinare a far riguardare non mai esistiti i fanciulli nati in tempo, dopo sette, otto o nove mesi, i quali, *essendo mal conformati o avendo sofferto accidenti, sia duran-*

te la gravidanza della madre, sia nel momento del parto, nascono in istato di non poter conservare la vita; e dovrebbero esser dichiarati incapaci di successione attiva e passiva. *Nulladimeno non si è mai rivocato in dubbio che simiglianti fanciulli fossero capaci di ereditare e trasmettere la loro eredità . . .* » (V. *Gravidanza*, § 3, n. 2; agg. ordinanze di Lamoignon, V. part., tit. XLI, *delle successioni*, art. 4; Pothier, *delle success.*, cap. I, sez. II, art. 1).

181.—Forse in questa significazione gli autori del nostro Codice hanno adoperato il vocabolo *vitale?*

Alcuni luoghi de' lavori preparatori sembrerebbero permettere di far così divisare. Laonde, nella discussione del titolo della *paternità e della filiazione*, quando volevasi definire la espressione fanciullo *vitale* adoperata nell'art. 314, Bérauger fece osservare « che queste definizioni sono inutili, dappoichè, nell'uso, la denominazione di fanciullo non va mai applicata al feto nato per effetto di aborto, e che quindi la denominazione di *fanciullo* racchiude quella di *vitale* . . . » E Tronchet soggiunse che « lo spirito del progetto si è il dinotare il fanciullo nato in tempo. » (Confr. Locré, *Legisl. civ.*, t. VI, p. 39—40.) Potrebbesi anche osservare che l'art. 725 richiedendo semplicemente che il fanciullo sia nato vitale, non sembra distinguere di fatti la *vita* dalla *vitalità*.

Nondimeno persistiamo, ad onta di questi motivi, nella dottrina altronde generalmente seguitata sotto l'impero del nostro Codice, ed a norma di cui la vitalità distinta dal fatto medesimo della vita dinota l'attitudine a vivere:

1°. La pruova ne discende dagli stessi lavori preparatori. Erasi primamente proposto, nel momento della discussione del progetto del Codice, di determinare la vitalità del fanciullo secondo la durata della sua esistenza dal momento della sua nascita; ed i partigiani di questo sistema chiedevano che venisse determinato a dieci giorni il tempo durante il quale la morte o la sopravvivenza diverrebbe il *criterium* della vitalità. È vero che questo sistema sembra ingiusto e pericoloso; prima di tal periodo di dieci giorni il fanciullo poteva morire, comunque offrisse tutte le condizioni della vita: un accidente, un infermità, la mancanza di cure o altra cagione estranea potevano produrre questo risultamento: come del pari il fanciullo poteva sopravvivere al termine medesimo, benchè racchiudesse in sè il principio di una morte inevitabile e prossima. Non sonosi forse veduti fanciulli acefali vivere sino al diciassettesimo giorno, ed altri, non meno maltrattati dalla natura, procrastinare vieppiù la propria esistenza? questa proposizione venne dunque eliminata; ma essa dimostra sempre, nel modo più decisivo, che non confondevasi la vita con la vitalità; e ciò che più vittoriosamente il dimostra si è il risultamento finale di questa discussione, nella quale si riconobbe che unicamente, secondo la conformazione degli organi del fanciullo e dietro l' esame de' vizi più o men gravi che possono offrire, dovevansi risolvere tali quistioni di vitalità a seconda de' casi (Locré. *Legisl. civ.*, t. VI, p. 296—298).

2°. È tanto più razionale intendere così il vocabolo *vitalità* adoperato nel nostro Codice (art. 314,725—236,646), in quanto che tale è la significazione ammessa, sia nel linguaggio ordinario, sia nel linguaggio medico, da cui i legisti l'hanno derivata. (Confr. *il Dizionario dell'Accademia*, V. *Vitale*; Duvergie, *Medicina legale*, t. II, cap. II, p. 31 e seg.).

3.° Altronde in ragione ben si comprende il legislatore non aver dovuto aver risguardo a cotesta effimera esistenza di un fanciullo, il quale nasce assolutamente per morire. È ben vero che questa situazione può offrire alcuni abbastanza gravi inconvenienti; che può, a cagion d'esempio, prolungarsi per un determinato tempo (il quale sarà nondimeno quasi sempre brevissimo); e che, d'altro lato, potrà necessitare talvolta disseppellimenti, sezioni di cadaveri; dappoichè spesso sol dopo la morte del fanciullo si potrà esattamente verificare se fosse conformato in modo da poter vivere, potendo la sola autopsia scoprire alcuni vizî organici, i quali, ad onta delle esterne apparenze, rendevano impossibile la vita. (*Dizionario delle scienze mediche*, v° *Vitalità*). Ma son questi inevitabili inconvenienti.

Dunque conchiudiamo che è uopo risguardare non vitale il fanciullo medesimo vissuto, qualora nel nascere non abbia ricevuto l' attitudine a poter vivere; e questa impossibilità di vivere può sorgere principalmente da due cause, cioè sia dalla debolezza e dalla estrema delicatezza della fisica costituzione (prima causa che proverrà quasi sempre dalla nascita innanzi tempo); sia dalla mancanza totale, o dalla imperfezione, o dalla deformità di uno degli organi necessarî alla esistenza, e senza esservi luogo a distinguere se abbia contratto questa imperfezione o questa deformità duran-

te la gravidanza in seno della madre, o se sieno risultamenti del parto stesso, e di operazione praticata per estrarnelo. Il fanciullo, in questi diversi casi debbe essere dichiarato non vitale, quando venga riconosciuto che la natura, con le proprie forze, o la scienza, mercè le cure sue o i suoi processi, tornassero impossenti a trionfare della causa fatale o prossima di morto, cui di necessità doveva soccombere. (Confr. art 314, 725, 906—236, 646, 822; il nostro tomo V, n. 39 e 73; decis. C. di Limoges 12 gennaio 1813, Coste, Sirey, 1813, 2—261; di Angers 25 maggio 1822, Hamon, Sirey, 1823, 2—105; di Bordò 8 feb. 1830, Merle, D., 1830, 2—160; Toullier, t. II, n. 97; Duranton, t. VI, n. 74; Marcadé, art. 725, n. 7; Demante, t. III, n. 32; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. 1, n. 436; Chabot, art. 725, n. 12; Malpel n. 25; Vazeille, *delle Success.*, art. 725, n. 3).

182. — Questa dottrina ci servirà altresì a risolvere una quistione della quale i nostri antichi autori eransi molto preoccupati; intendiamo parlare de'*mostri*, di quei *partus monstruosos*, i quali non hanno umana figura.

Que'*parti* straordinari, e, dovendo dar loro la propria denominazione, quo'*mostri* non sono di fatti *vitali*; e la loro incapacità di succedere trovasi così positivamente scritta nell'art. 725.

Altronde abbiamo già, su questa tesi, presentato chiarimenti cui basta rimetterci (*ved.* il nostro t. V, n. 112).

183. —Dal fin qui esposto emerge che tre fatti debbonsi provare, quando chieggasi la eredità da parte di un fanciullo non ancora nato nel momente dell'apertura della successione, cioè:

1.° Che questo fancinllo almeno trovavasi concepito in quella epoca;

2.° Che sia nato vivo;

3.° Che sia nato vitale.

Rimane a conoscere da chi ed in qual modo queste diverse pruove debbano somministrarsi.

184. — 1.° Da chi e come dovrà farsi la pruova del concepimento del fancinllo nel momento dell'apertura della successione?

Tal quistione ne fa sorgere dapprima un'altra, se le presunzioni stabilite negli art. 312 e 315—234 o 237 sieno qui applicabili; dappoichè, in caso di affermativa, la presunzione legale, che avesse per risultamento lo ammettere il fanciullo alla successione o lo escluderuelo, constituirebbe sempre una pruova compiuta, ed eziandio irrefragabile, sia per lui, sia contro di lui.

La proposta quistione non ci pare suscettiva di assoluta soluzione; od avvisiamo esser necessarie alcune distinzioni.

La regola a tale obbietto ci pare essere che le presunzioni legali racchiuse negli art. 312, 314 e 315, circa il *minimum* ed il *maximum* della durata della gestazione in materia di legittimità, dovranno applicarsi, eziandio in ogni altra materia, quando non fosse possibile escluderne l'applicazione, senza metter capo all'uno o all'altro de'risultamenti seguenti, cioè sia di porre la legge in manifesta contraddizione con sè stessa, sia di negare alla presunzione legale, in materia di legittimità, val dire nel caso per cui si è stabilita, le più indispensabili conseguenze.

Ma, tranne questi due motivi, le presunzioni scritte negli art. 312 — 315, in materia di legittimità non saranno più applicabili, in materia di successione, almeno col carattere di presunzioni che non ammettano la pruova in contrario.

Ciò premesso, quattro ipotesi possono avvenire:

A. Il fanciullo è nato prima del 180° giorno a computare da quello dell' apertura della successione.

Bisognerà applicare la presunzione legale, a norma di cui la gravidanza non può durare meno di 180 giorni; e conseguentemente quel fanciullo si presumerà di pieno diritto concepito nel giorno dell'apertura della successione, senza che alcuna pruova in contrario possa venire ammessa. Di fatti, se in materia di legittimità, val dire quando trattisi pel fanciullo, per la madre, per la società stessa, del più notabile interesse, la legge non ammette che la gravidanza abbia potuto avere una durata minore di 180 giorni, non potrebbesi ammettere ciò senza manifesta inconseguenza, quando trattisi d'interesse molto minore, di semplice interesse di successione!

Per la stessa ragione il figliuolo che nascesse prima del 180° giorno dal dì del matrimonio dei genitori, non potrà conseguire una successione aperta poco tempo prima del matrimonio medesimo, anche quando non venisse riconosciuto (art. 314 — 236). Imperocchè dilemma: o è stato concepito dopo il matrimonio; ed allora il concepimento è posteriore all'apertura della successione; o è stato concepito prima del matrimonio; ed in questo caso era un figliuolo naturale incapace di succedere al *de*

cujus. Ciò è tanto vero che, anche quando la sua nascita fosse anteriore all' apertura della successione, neppure potrebbe conseguirla, se nel momento in cui siasi aperta la successione, era un figliuolo naturale, e la sua legittimazione mercè il susseguente matrimonio de'genitori avesse avuto luogo posteriormente (art. 333 — 255; confr. arresto C. cass. 11 marzo 1844, Aubert, Sirey, 1844, 1, 429; decis. C. di Parigi 24 dic. 1812, stesse parti, Sirey, 1813, II, 88; di Riom 3 lug. 1840, Allary, Dev. 1840, II, 362; Merlin, *Rep.* v° *Success.*, sez. 1, § 2, art. 5, n. 1; Valette sopra Proudhon, t. II, p. 22, 23; *ved.* del rimanento il nostro t. V, n. 64 e 369).

B. Il fanciullo è nato dopo il 300° giorno da quello dell'apertura della successione.

Bisognerà ancora applicare la presunzione legale, a norma di cui la gravidanza non può durare più di 300 giorni (art. 345); e conseguentemente questo fanciullo si presumerà di pieno diritto non essere stato concepito nel giorno dell' apertura della successione, senza che alcuna pruova in contrario possa venire ammessa. Il motivo è pure lo stesso in senso inverso: se effettivamente la legge non ammette, anche quando trattisi di rendere legittimo il fanciullo, che la gravidanza abbia potuto durare più di 300 giorni, ad evidenza torna impossibile ammettere ciò, quando trattisi semplicemente di renderlo erede! Dunque non potremmo seguitare il sentimento di Massé e Vergé, i quali insegnano che *il fanciullo nato più di 300 giorni dopo la morte del* de cujus, *potrebbe dimostrare trovarsi concepito nel momento della morte medesima* (sopra Zachariae, t. II, p. 244, nota 2).

C. Similmente le presunzioni legali fermate dagli art. 312, 314 e 315 saranno applicabili, eziandio in materia di successione, senza che veruna pruova in contrario possa venire ammessa, quante volte non si potesse oppugnare la chiamata ereditaria del fanciullo, senza contemporaneamente contrastare la sua legittimità. Di fatti la legge, la quale presume che il fanciullo trovavasi concepito, ad obbietto di dichiararlo legittimo, presume di necessità altresì che trovavasi concepito ad obbietto di dichiararlo erede, in tutti i casi in cui la quistione di successione rinvengasi annodata a quella di legittimità. Dunque non potrebbesi senza negare allora alla presunzione legale, in materia di legittimità, cioè nel caso medesimo per cui trovasi stabilita, il suo effetto più diretto, pretendere che il fanciullo, da doversi di necessità riconoscere come legittimo, non possa nulladimeno essere erede. Quindi non potrebbesi al certo escludere dalla eredità del marito trapassato, il fanciullo nato nel 300° giorno dopo lo scioglimento del matrimonio. E converrebbe dire lo stesso di ogni altra successione, qualora, per escluderlo, si facesse fondamento sul non essere stato concepito prima dello scioglimento del matrimonio: dappoichè allora gli si potrebbero contrastare i suoi diritti ereditari solo non riconoscendo la sua legittimità.

Altronde questa soluzione dovrà parimente accogliersi, anche quando il matrimonio non venisse sciolto, negli altri casi in cui la chiamata ereditaria del fanciullo andasse subordinata alla sua legittimità; come, a cagion di esempio, se l'assenza del marito o altra simigliante causa, avesse temporaneamente prodotto, fra'coniugi, una fisica impossibilità di coabitazione (art. 312). In tal caso la quistione consisterebbe pure nel conoscere non già se il fanciullo si trovasse concepito nel tempo dell'apertura della successione e se sia erede, ma se sia stato concepito per opera del marito, e sia legittimo.

Dunque noi conchiudiamo che, nelle tre ipotesi per noi disaminate, le presunzioni fermate negli art. 312, 314 e 315, in materia di legittimità, sono applicabili in materia di successione, col carattere loro competente, cioè come presunzioni *juris et de jure*, non ammettendo la pruova in contrario, nè pel fanciullo, nè contro di lui, che abbian per risultamento lo ammetterlo alla successione, lo escluderuelo (*ved.* il nostro t. V, n. 400).

185.—D. 1° Rimane una quarta ed ultima ipotesi, l'unica, a parer nostro, che sia veramente malagevole a risolversi.

Il fanciullo è nato più di 180 giorni e meno di 300 giorni dopo l'apertura della successione; e trattasi per lui, non di una quistione di legittimità, ma unicamente di una quistione di successione.

Pietro e Sofia, a cagion di esempio, hanno due figliuoli: un di essi muore; e 295 giorni dopo la sua morte, Sofia partorisce altro figliuolo. Questo fanciullo succederà forse all'altro trapassato prima della sua nascita? In altri termini, debbesi forse presumere che trovavasi concepito nel momento dell' apertura della successione? ed è forse uopo, in materia di successione, applicare la presunzione, onde la gravidanza reputasi aver potuto durare 300

giorni quando lo interesse del fanciullo il richiegga?

Qui le opinioni sono altamente divergenti: 1°. Evvene una, per cui viene insegnato che le presunzioni legali stabilite dagli art. 312 e 315 debbonsi ancora applicare in tal caso come presunzioni *juris et de jure*, le quali non possono venir combattute mercè pruova in contrario: diversamente statuire si è esporsi, dicesi, ad errori ed ingiustizie; dappoichè è abbandonare il diritto del fanciullo all'arbitrio, o almeno agli eventi di un genere di pruova pieno d'incertezza, andando avvolto nelle tenebre. Vi sarebbe vera inconseguenza a riprodurre in materia di successione le dispute ed i diversi sistemi, che la legge ha inteso precisamente proscrivere in materia di filiazione (confr. decis. C. di Parigi 19 lug. 1819, Carré, Sirey, 1819, II, 213; arresti C. cass. 8 feb. 1821, stesse parti, Sirey, 1821, I, 404; 28 nov. 1833, Chesne, D., 1835, I, 85; decis. C. di Grenoble 20 genn. 1853, Gros, D., 1855, II, 39; Toullier, t. IV, n. 85; Duranton, t. VI, n. 72; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 167; Taulier, t. III, p. 125; Belost Jolimont sopra Chabot, art. 725, osser. 1; Malpel, n. 28; Vazeille, art. 725, n. 7; Troplong, *delle donaz. e dei test.*, t. II, n. 606; D. *rac. alfab.* (nuova ediz.), v. Success., t. XLI, p. 185, n. 85).

Ma cotesta dottrina non ci pare doversi accogliere:

Di fatti da un lato, per la stessa presunzione legale, la gestazione può avere più o men lungo tempo perdurato, dal 180° giorno fino al 300°; e può avvenire del pari che il fanciullo sia stato concepito o pur no in tempo dell'apertura della successione. È ben vero che la legge presume ora la più lunga, ora la più breve durata della gravidanza, secondo che richiede l'interesse del fanciullo. Sì ma l'interesse della sua legittimità ; or non trattasi qui di conoscere se il fanciullo sarà o pur no legittimo, ma semplicemente se sarà o pur no erede; e la pruova ne tornerebbe manifesta, qualora si trattasse dell'applicazione, non dell'art. 725, ma dell'art. 906—822; come se un legato, per esempio, si fosse fatto al figlio di una donna non maritata, donzella o vedova; torna evidente che la quistione se il fanciullo medesimo si trovasse concepito in tempo della morte del testatore sarebbe perfettamente estranea alla sua legittimità, dappoichè, in tutte le ipotesi, non potrebbe essere se non un figliuolo naturale!

D'altro lato puossi supporre questa ipotesi, nella quale sarebbe ad evidenza impossibile agli stessi propugnatori della dottrina, per noi combattuta, lo applicarla. A cagion di esempio, suppongasi che una donna partorisca un fanciullo il quale muoia quindici giorni dopo la sua nascita: quel fanciullo consegui una successione apertasi il giorno prima del parto. La donna partorisce dappoi un altro fanciullo 180 giorni dopo la morte dell'altro, ma meno di 300 giorni dopo l'apertura della successione. Applicherassi forse, l'art. 315, e quel fanciullo verrà forse chiamato alla successione apertasi prima che la madre partorisse l'altro figliuolo, la cui nascita precedette il suo concepimento? non crediamo che gli stessi sostenitori più acerrimi dell'affermativa soluzione del problema della *superfetazione* volessero ciò sostenere!

2°. In conformità di una seconda opinione, estrema del pari in senso inverso, non solo le presunzioni stabilite dagli art. 312 e 315 non potrebbero invocarsi in materia di successione (o di legato), con quel carattere di pruova irrefragabile, che la legge loro attribuisce in materia di filiazione; ma vi tornerebbero altresì affatto estranee e non potrebbero somministrare alcun sostegno nè pro nè contro il fanciullo: La presunzione legale, dichiara l'art. 1350—1304, è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti od a certi fatti: dalla qual cosa conseguita che la presunzione legale non esiste unicamente pe'casi in cui è stata specialmente stabilita: or la presunzione stabilita dagli art. 312 e 315 ha avuto per iscopo di determinare lo stato del fanciullo e risolvere una quistione di legittimità: dunque, tranne tal quistione, la presunzione legale non esiste più: dunque spetta al fanciullo (o a'suoi rappresentanti) il dimostrare che trovavasi concepito in tempo dell' apertura della successione.

Nè si obbietti (dicono pure gli autori di quel sistema) che la capacità è la regola e la incapacità la eccezione, e che spetta a coloro i quali oppongano una incapacità, cioè che invochino un mezzo eccezionale, lo stabilirne la pruova, imperocchè la incapacità di succedere è ben diversa dalla inesistenza in tempo dell'apertura della successione: son questi due ordini d'idee oltremodo distinti. La esistenza di colui che protendesi aver conseguito un diritto è una condizione essenziale della sua chiamata: essa è il fondamento stesso della dimanda; ed ecco perchè di fatti l'art. 135 po-

sitivamente dichiara che debbe chiunque reclami un diritto competente a persona di cui s'ignori l'esistenza provare che la medesima persona esisteva, quando si è fatto luogo a tale diritto: or il concepimento è il principio stesso della esistenza; dunque spetta a chi pretenda che il fanciullo trovavasi couceplto in tempo dell'apertura dolla successiono il somministrare effettivamente la pruova medosima.

Ed indarno egli invocherebbe gli art. 312 e 315? Imperocchè non solo gli articoli medesimi dispongono per altra ipotesi o per un interesse diverso; ma è manifesto che la leggo, in questi articoli, non dichiara che la gravidanza dura ordinariamente 300 giorni; ed essa non avrebbe potuto dichiararlo, senza smentire la più costante esperienza, la quale, per contrario, dimostra la durata della gestazione essere abitualmente di 270 a 280 giorni. Tutto ciò che risulta dagli art. 312 e 315 si è che non è impossibile che la gravidanza sia durata 300 giorni; ma non è questo il *quod plerumque fit*; non è questa una presunzione ordinaria di cni il fancinllo possa prevalersi, quando trattasi per lui d'interesse meramente pecuniario (confr. Coin-Delisle su l'art. 906 n. 6; Marcadé,art. 725, n. 11, 5; Ducanrroy, Bonnier e Ronstaing, t. III, n. 418; Mourlon, *Repet.scrit.*,t. II, art. 725).

3°. Questa seconda opinione ci sembra gravemente ragionata; o non esiteremmo, ove bisognasse presceglìere fra esse, ad accoglierla in preferenza della prima, da noi dapprima esposta.

Ma, a parer nostro, evvi una dottrina intermedia alla quale è migliore e più sicnro partito attenersi. Questa dottrina consiste nel sostenere che le presnnzioni fermate dagli art. 312 e 315 non hanno, a dir vero, in materia di successione,la forza di una pruova irrefragabile; ma che nondimeno potranno invocarsi dal fanciullo per dimostrare la possibilità del suo concepimento nel momento dell' apertura della successione; o che conseguentemente il fanciullo nato nel 300° giorno dopo la morte del *de cujus* si presumerà concepito nel tempo della morte stessa, salvo alla controparte il dimostrare che il concepimento è per contrario posteriore a tale epoca.

Le nostre ragioni sono le seguenti:

Per regola generale indubitatamente spetta a chi dimandi nna eredità da parte di un individuo il dimostrare che lo individuo medesimo esisteva, quando la successione siasi aperta. La necessità della natnrale es dell'erede è a parer nostro ancora distii la capacità propriamente detta: essa è dizione essenziale e positiva di ogni chi essa è in somma un fatto al pari di ogn il quale debbesi provare, per regola ge da chi lo adduca;e, sotto questo pnnto duta, sembra effettivamente potersi so: che la pruova dell'anteriorità del conce to alla morte del *de cujus*, rannodando condizione della esistenza naturale, do rigorosamente farsi dallo stesso fanı da'suoi rappresentanti.

Ma contemporaneamente debbesi ı menn ammettere che questa pruova r e diretta dell' epoca del concepimento impossibile, e che qui è uopo, di assol cessità, ricorrere ad una presunzion giungere allo scoprimento del fatto ig misterioso del concepimento, mercè ir ne e probabilità. Ciò è tanto vero in che i propugnatori stessi del secondo per noi esposto avvisano, secondo la] zione generalmente ammessa, essi dicoı la gravidanza dura in generale, e per 275 giorni. Ebbene! presunzione per] zione! essendo uopo assolutamente qu tarne nna, preferiamo in quanto a no nerci a quella dalla legge accolta:

1°. Di fatti questa presunzione, aven legge ammessa in materia di filiazione ha evidentemente di contrario all'ordin natura; epperò è possibile che il fanc quale la invochi sia stato concepito n mento dell'apertura della successione.

2°. Sarebbe quasi sempre estremame goroso lo escludere dalla eredità un fa nato entro il termine in cui la stessa ammetto aver potuto aver luogo il cc monto; ed innanzi osservammo fino punto paventavasi un tempo cotesto dappoichè volevansi anche ammettere eredi i figli il cui concepimento era mai mente posteriore all'apertura della snc no (snpra, n. 175).

3°. Altronde cotesta dottrina non off vi inconvenienti, dappoichè gli avvers fanciullo (o do'suoi rappresentanti), po sempre combattere, con tutti i mezzi po questa semplice presunzione; le persoı l'arte, i medici, i raccoglitori, le levatı tranno essere intesi; potranno dichiara po avere esaminato la madre ed il fancı secondo le diverse circostanze del fatt creder loro il concepimento risalga di 1

epoca anteriore alla morte del *de cujus*; ed i magistrati dovranno più o meno aver riguardo a cotesti diversi elementi d'istruzione, secondo che ne conseguitasse che la gravidanza avesse perdurato più o men lungo tempo.

4°. Finalmente puossi sostenere che lo stesso art. 725 favorisce questa idea, mercè la classificazione in cui assimila la incapacità risultante dal *non concepimento* a quella risultante dalla non vitalità o dalla morte civile; di fatti spetta al certo a chi pretenda, sia che il fanciullo non è nato vitale, sia che l'erede, il quale si presenti, è morto civilmente, il dimostrare contro di essi la loro incapacità: or, ripetiamolo, l'art. 725 pone allo stesso livello della non vitalità o della morte civile il fatto del *non concepimento*: dunque suppone, sino ad un certo segno, che il fanciu lo abbia, a suo pro, una qualche presunzione, e che spetta a'suoi avversari il combatterla ed annientarla (confr. Chabot su l'art. 725, n. 7; Demante, t. II, n. 32 *bis*, I; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 95, nota *a*).

186.—2°. Ora da chi ed in qual modo dovrà farsi la pruova essere il fanciullo nato vivente? (*Supra*, n. 183).

Si è insegnato che « la presunzione si è che ogni fanciullo nasce vivo; e che quindi spetta a chi pretenda non essere il fanciullo nato vivo il dimostrarlo. » (Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 241; confr. pure decis. C. di Bordò 8 feb. 1830, Merle, D., 1830, II, 460).

Nulladimeno la opposta opinione viene generalmente accolta, e, a creder nostro, ragionevolmente. Di fatti è da por mente che cotesta quistione per lo più può sorgere unicamente riguardo ad un fanciullo morto pochi momenti dopo nato; ed in fatto, in tale ipotesi, neppure puossi affermare che la presunzione si è esser nato vivo. Altronde in diritto spetta sempre a chi dimandi la eredità da parte di un individuo il dimostrare che lo individuo medesimo esisteva nel momento dell'apertura della successione (art. 135, 136): dunque spetta a chi pretenda essere il fanciullo succeduto il dimostrare che egli era vivo (confr. Merlin, *Quist. di diritto*, v. *Vita*, § 1; Toullier, t. 3, n. 93; Duranton, t. 6, n. 78; Chabot su l'art. 725, n. 12; Demante t. III, n. 29).

Regolarmente tal pruova dovrà emergere dalla esibizione dell'atto di nascita del fanciullo, comprovante la data della sua nascita (da cui s'inferirà la data probabile del concepimento), e la vita del fanciullo che si è dovuto presentare all'uffiziale dello stato civile (art. 55—57; confr. il nostro t. I, n. 295, 296). E tale atto fa anche fede della vita del fanciullo sino alla inscrizione in falso (confr. decis. C. di Parigi 13 fiorile anno XII, Deshaies, D. *rac. alfab.*, t. XII, p. 268).

Se il fanciullo siasi presentato privo di vita all'uffiziale dello stato civile, è noto che, a norma del decreto del 3 luglio 1806, l'atto da distendersi allora è un semplice processo verbale della presentazione medesima; che non constituisce, a dir vero, un atto di nascita nè un atto di morte; e che nessun pregiudizio ne conseguita su la quistione se il fanciullo abbia avuto vita o pur no (confr. il nostro tomo I, n. 299; decis. C. di Angers 25 maggio 1822, Hamon, Sirey 1822, II, 105).

Dunque assolutamente è a dire di tal caso lo stesso che di quello in cui non siasi disteso alcun atto comprovante la nascita del fanciullo; val dire che la pruova che il fanciullo ha avuto vita potrà farsi per tutte le vie, e principalmente mercè le dichiarazioni de'medici, chirurgi, levatrici che avranno raccolto il parto, e delle altre persone che avranno assistito al parto medesimo, o che avran veduto il fanciullo dopo la sua nascita. È ben vero che puossi osservare, col Novello Denizart, che tali dichiarazioni proverranno sempre da *persone interessate a comprovare la vita del fanciullo*, o *da persone loro dedite*, *ed in mancanza delle persone interessate a combatterne la veracità* (v. *Gravidanza*, § 3). È questo indubitatamente un pericolo; ma è uopo prendere un partito, dappoichè questa specie di persone sono effettivamente in ciò, come affermava Merlin, *testimonî necessarî* (*loc. supra cit.*): altronde compete al magistrato il valutare il carattere delle deposizioni, la loro gravezza, avuto riguardo a'lumi de'diversi testimonî, alla qualità loro ed al grado di fiducia che meritano sotto gli altri rapporti (confr. decis. C. di Limoges 12 gennaio 1813, Coste, Sirey, 1813, II, 261.)

Relativamente alle circostanze dimostranti che il fanciullo ha esistito, ne abbiamo testè ragionato (n. 177.)

187.—3.° Ma, dimostrato una volta che il fanciullo è nato vivo, spetta a coloro che pretendano non esser nato vitale, il somministrarne la pruova.

Nondimeno Duranton professa il sentimento opposto, pel motivo, dice il dotto autore, che ogni attore debba somministrare la sua

pruova e la sua pruova compinta; e che l'art. 725 dichiara incapace di succedere il fanciullo non nato vitale (t. VI, n. 78).

Ma precisamente l' art. 725, presentando la *non vitalità* del fanciullo come caso d' incapacità, pone, per la ragione stessa, il peso della pruova a carico di coloro che pretenderanno non esser nato vitale; avvegnachè la capacità è la regola e la incapacità la eccezione (*supra*, n. 169); e questa regola di diritto è qui unisona alla presunzione di fatto, a norma di cui ogni fanciullo nato *vivo* è in generale *vitale*.

Neppure opiniamo che si debba, con Toullier, eccettuare il caso in cui il fanciullo fosse nato prima del 180.° giorno da quello della celebrazione del matrimonio de'suoi genitori (t. II, n. 98; *ved.* eziandio Troplong, *delle donaz. e test.*, t. II, n. 601). Di fatti è uopo non confondere la quistione di legittimità con la quistione di successione. Indubitatamente, quando una di tali quistioni troverassi annodata all'altra, il fanciullo non potrà succedere, se non venga riconosciuto; ma per qual ragione? perchè non sarà legittimo, e non perchè si presumerà di pieno diritto non vitale; quindi, nel caso opposto, si presumerà vitale, se sia nato vivo, eziandio nel corso do' 180 giorni da quello del matrimonio. Tutto ciò che puossi affermare si è inchinarsi in generale, in caso di dubbio, a dichiarare più di leggieri non vitale il fanciullo nato entro I 180 giorni da quello del matrimonio della madre (confr. Demante, t. III, n. 32 *bis*, II.)

Altronde è manifesto che la pruova della non vitalità del fanciullo potrà farsi eziandio per tutte le vie, e che potrebbe venire ammessa dopo la morte del fanciullo medesimo, ancorchè divenisse quindi necessario il disseppellimento del cadavere (confr. *supra* n. 181, decis. C. di Limoges, 12 gennaio 1813, Coste, Sirey, 1813, II, 261; di Angers, 25 maggio 1822, Hamon, Sirey, 1823, II, 105; di Bordò 8 feb. 1830, Merle, D., 1830, II, 160; Demante, t. III, n. 30; Duvergier, sopra Toullier, t. II, n. 98, nota *a*).

188.—La chiamata ereditaria del fanciullo, semplicemente concepito, è, come testè osservammo, condizionale, cioè purchè nasca vivo.

In tale stato puossi dimandare quale sia, *interea*, il diritto tanto de'parenti del grado susseguente quanto de'coeredi del fanciullo concepito.

A. Circa i parenti del grado aussegu[ente] quando il fanciullo concepito sia solo [del] grado chiamato a succedere, non sono [...] dappoichè la legge dichiara tale precis[...] il fanciullo comunque semplicemente [conce]pito: *Non admittuntur*, insegnava Paol[o] *incertum est an nasci possit* (L.3, ff. [...] *haeredit. petat.*); e Lebrun scriveva [...] che debbono attendere *il successo del* [...] (lib. I, cap. IV, sez. III). In simil ca[so] che potrebbesi fare sarebbe lo afferm[are] possono dimandare al magistrato la perm[issione] di adoperare, secondo le circostanze, p[rov]dimenti conservativi, se il magistrato di[...] esservi luogo a valersene; ed avvisiamo [...] ti il magistrato potere, secondo i casi [ordi]nare quelli che credesse necessari [...] (arg. dall'art. 1180—1133; *ved.* pure [...] n. 153.)

B. Se il fanciullo concepito abbia co[eredi] la divisione della eredità può forse dim[andar]si, prima della nascita di questo fanciu[llo] in nome suo contra i suoi coeredi, sia [...] storo contra il fanciullo?

Intorno a tal quistione o'intrattenem[mo al]trove (*ved.* il nostro t. V, n. 75 e se[g.]) persistiamo nella opinione da noi appa[...] che tornerebbe malagevole lo astringere [i coe]redi del fanciullo ad una diversione, le [...] della quale potrebbero andare compiut[amen]te perdute, se il fanciullo non nasca vitale.

Potrebbesi pure sostenere, a creder [...] che l'azion di divisione nè anche sarebb[e am]missibile da parte de' coeredi del fan[ciullo] semplicemente concepito; che da amb[...] vi sarebbe un'aspettativa necessaria [...] vitabile; e che in ultima analisi, in [...] to, vi sarebbe luogo ad una semplice [divi]sione provvisoria (confr. Lebrun, *loc. cit.*).

189. — Ma, ammettendo che il coe[...] i coeredi del fanciullo semplicement[e con]cepito abbiano il diritto di dimandare, [...] della sua nascita, una divisione, sia pr[ovviso]ria, sia diffinitiva, la quistione consist[e nel] conoscere se debbasi attendere dalla [...]danza della moglie un solo o più fanc[iulli] per quante porzioni sia uopo ammet[tere il] *partus*.

Altronde tal quistione può sorgere ez[iandio] a prescindere da ogni azione di divisio[ne] punto per qual porzione a'coeredi ed [...] *tus* verranno attribuiti, di pieno diritt[o] biti e crediti ereditari, e sino a quale [...]

renza potrebbero agire contro i debitori ed esser convenuti in giudizio da' creditori.

E ciò può tornare tanto più importante a risolvere, in quanto che non sembra che il coerede del fanciullo concepito vada sottoposto nel frattempo ad offrire cautela o garentia di restituzione (*ved.* nondimeno *supra*, n. 188).

I romani giureconsulti avevano divisato che si dovesse calcolare su la nascita di tre fanciulli: ecco almeno ciò che sembra emergere da più frammenti dal *Digesto*, e particolarmente da una certa legge 3 del titolo *si pars haereditatis petatur*, intorno a cui Bravard ha gaiamente motteggiato, e di cui il tanto degno di campianto Alban d'Hauthuille ha assunto la difesa, dimostrando che i romani giureconsulti non avevano sulla fecondità delle donne, *una opinione sì magnifica*, come il nostro motteggiante collega della Facoltà di Parigi ha inteso dire (confr. Bravard-Veyrières, *dello Studio e dello Insegnamento del diritto romano*, p. 179 e seg.; Alban d'Hauthuille, *Rivista di legisl.*, t. VI, p. 42 e seg.).

I nostri antichi autori francesi insegnavano, per contrario, che debbasi in simil caso calcolare soltanto sopra due figli, ed il motivo erane, a credere di Lebrnn, «che non bisogna attenersi qui a ciò che d'ordinario accade, ma a ciò che può accadere.» (Lib. I, cap. IV, sez. III).

Noi non comprendiamo bene tal motivo; dappoichè in generale la presunzione si desume da ciò che più d'ordinario accade, *ex eo quod plerumque fit*; or in generale la gravidanza produce un solo fanciullo; ed altronde attenendosi a ciò che può accadere, non si ravvisa per qual ragione debbasi fermare il computo al numero di due.

§ II.

Della estraneità dell'erede.

SOMMARIO.

190. — Esposizione.
191. — Della capacità degli stranieri di succedere in Francia, a norma dell'art. 726 del Codice.
192. — Continuazione. — Osservazione su tale stabilimento.
193. — L'art. 726 venne abrogato dalla legge del 14 lug. 1819. — Testo di questa legge. — Osservazione.
194. — A norma della legge del 14 luglio 1819, gli stranieri possono succedere in Francia nella stessa guisa de' Francesi, senza veruna condizione di reciprocanza.
195. — Lo stato di guerra ha forse per effetto di modificare o sospendere la capacità dello straniero di succedere in Francia?
196. — Precisamente in conformità della legge francese gli stranieri vengono ammessi a succedere in Francia. — Conseguenze.
197. — Del prelevamento che i coeredi francesi, in concorso co' coeredi stranieri, han diritto di esercitare su' beni siti in Francia. — Divisione.
198. — A. In quali casi vi è luogo al prelevamento permesso dall' art. 2 della legge del 14 lug. 1819? — Distinzioni.
199. — 1.° Evvi forse luogo al prelevamento sol quando i Francesi vengano esclusi dalla legge straniera nella loro stessa qualità di Francesi? — *Quid*, se la causa di esclusione, che li colpisce, fosse applicabile agli stranieri medesimi secondo la propria legislazione?
200. — *Quid*, se la esclusione totale o parziale de' coeredi francesi provenga, non direttamente dalla legge o dalla consuetudine locale, ma da una disposizione a titolo gratuito fatta dal *de cujus*?
201. — *Quid*, se i coeredi francesi si trovassero impediti di esportare i beni da essi raccolti in paese straniero?
202. — *Quid*, se i coeredi stranieri appartenessero ad una nazione la quale avesse stipulato anteriormente con la Francia la reciproca capacità di succedere, secondo le leggi rispettive di ciascun paese?
203. — 2.° Vi sarebbe forse luogo a prelevamento, se tutti i coeredi fossero stranieri?
203 *bis* — *Quid*, in senso inverso, qualora tutti i coeredi sieno francesi?
204. — 3.° Rimane da conoscere in quali casi, atteso la natura de' beni onde si compone la eredità, evvi luogo al prelevamento permesso dall' art. 2 della legge del 1819. — Distinzioni.
205. — Del caso in cui la eredità sia composta di soli beni immobili
206. — Del caso in cui la eredità sia composta di soli beni mobili.
207. — Continuazione. — *Quid*, se la eredità comprenda mobili incorporali, cioè crediti, ec.?
208. — Del caso in cui la eredità trovisi composta simultaneamente di mobili ed immobili.
209. — B. Come ed in qual guisa si esercita il prelevamento permesso dalla legge del 14 luglio 1819?
210. — *Quid*, se la esclusione cui i coeredi francesi soggiacciono in paese straniero provenga da una liberalità fatta soltanto a pro di uno de' coeredi stranieri e non degli altri?
211. — *Quid*, se i beni siti in Francia non bastino a compensare il valore de' beni siti in paese straniero; ovvero se non sienvi beni in Francia?
212. — La legge del 14 luglio 1819 venne estesa alle colonie con ordinanza del 21 novembre 1821.

490. — Altrove esponemmo la tesi generale, consistente nel conoscere quale sia, sotto il rapporto del godimento dei diritti civili, la condizione degli stranieri in Francia; ed ora non torna opportuno novellamente ragionarne (*ved.* il nostro t. I, n. 239 e seg.)

Dobbiamo semplicemente qui fermarci, in modo più speciale, ad un lato importantissimo, è ben vero, di tal quistione, val dire a ciò che risguarda il diritto, per gli stranieri, di succedere in Francia.

191. — L'art. 726 — 647 del Codice Napoleone era, all'uopo, così concepito:

« Uno straniero non è ammesso a succedere ne' beni che il suo parente, straniero o francese, possedeva nel territorio dell'Impero, se non nel caso e nel modo con cui un Francese succede al suo parente possessore di beni nel paese di questo straniero, in conformità delle disposizioni dell'art. undecimo al titolo: *Del Godimento, e della Privazione de' Diritti civili.* »

Dal quale stabilimento risulta che due condizioni erano necessarie per potere uno straniero, sotto l'impero di questo articolo, conseguire una eredità in Francia:

1.° Bisognava che esistesse, tra la Francia e la nazione cui lo straniero apparteneva, un trattato il quale stabilisse la reciprocanza del diritto di succedere fra'membri de' due Stati;

2.° Faceva mestieri da un lato che lo straniero fosse capace di conseguire, a norma della legge francese, la eredità di cui trattavasi: e d'altro lato che un Francese fosse capace reciprocamente di conseguire, a norma della legge straniera, questa eredità nel paese cui lo straniero apparteneva.

A. E dapprima, osserviamo, lo straniero aveva diritto di succedere in Francia sol quando esistesse, all' ubbietto, un trattato che attribuisse a'Francesi il diritto di succedere nel paese di questo straniero. Era questa la *reciprocanza diplomatica*, di cui l'art. 11 aveva sancito il principio, e che l'art. 726 applicava semplicemente al diritto di successione.

B. In secondo luogo, ed oltre la esistenza di una convenzione internazionale, due altre condizioni venivano pure richieste:

1.° Lo straniero doveva essere, ben inteso, capace o chiamato, in conformità della legge francese, a conseguire la eredità di cui trattavasi; avvegnachè l' art. 726 non gli conferiva al certo il diritto di conseguire in Francia una eredità, cui un Francese, posto nelle stesse sue condizioni, non sarebbe stato chiamato. La successione in Francia, anche quando venisse deferita ad uno straniero, andava ad evidenza sempre regolata dalla legge francese, epperò a norma della legge francese dovevansi regolare la capacità e la chiamata di ogni erede, straniero o francese (*infra*, n. 196).

2.° L' art. 726 richiedeva che lo straniero non succedesse ne' beni che il suo parente, straniero o francese, possedeva nel territorio dell' Impero, *se non nel caso e nel modo*
con cui un Francese succede al suo p
possessore di beni nel paese di questo s
ro; val dire che oltre la reciprocanza di
tica di nazione a nazione, richiedeva
ciprocanza legale di persona a pers
coerede a coerede (arg. dall' articolo
828); talchè, come altronde il testo
simo dichiarava, uno straniero non s
va in Francia se non *nel caso* in cui un
cese, posto nelle stesse condizioni
succeduto nel paese di questo stranier
modo stesso, nel senso che lo straniero
diritto in Francia alla medesima quantit
ni, ed a'beni della stessa origine o dell
sa natura, mobili o immobili, cui un F
se avrebbe avuto diritto nel paese dell
niero a norma della legge di questo
(confr. arresti C. cas. 24 ag. 1808, Husse
G. *del Foro*, t. XXIII, p. 49; 1.° feb.
Tarchine, Sirey, 1813, 1, 113; decis
Douai, 1.° maggio 1819, Rohan, Sirey,
II. 171; arresto C. cass. 9 feb. 1831, B
D., 1831, 1, 115; Merlin, *Rep.* v. *Su*
sez. 1, § 2, art. 2; Toullier, t. II, n
Duranton, t. VI, n. 82; Demangeat, *Dell*
diz. civile degli stranieri, p. 286).

Questa ultima condizione di recipro
quella di *coerede a coerede*, veniva fo
chiesta unicamente ne' casi in cui in
de cuius possedeva effettivamente beni
se straniero ed in Francia?

È permesso dubitare che l' art. 726
generalità delle sue espressioni, ave
bordinato la capacità dello straniero a
circostanza di fatto; ed avrebbesi pot
stenere, a parer nostro, che lo stranie
poteva succedere ne' beni siti in Franci
che quando il *de cuius* non avesse lasci
ni in paese straniero, qualora, nella si
ziune di everne lascito, un Francese non
se potuto conseguirli (confr. Toullier, I
ton, *loc. supra cit.*; Rossi, *Enciclope*
Diritto, v. *Albinaggio*, n. 15).

Non pertanto dobbiamo affermare
Corte di cassazione ha sancito una de
opposta (arresto 31 dic. 1850, Marinelli
1851. 1, 26).

192. — L' art. 726 era come si è
scorgere dal rapido cenno da noi fatto
facile interpetrazione; ed in pratica pote
luogo ad alquanto gravi complicazioni.

È uopo aggiugnere che il principio d
procanza che aveva ammesso pareva s
simo, e che si è potuto affermare che
alcuni casi, più duro dell' antico diritto

binaggio, come veniva applicato prima della rivoluzione. A cagion di esempio, il diritto di albinaggio, il quale erasi molto mitigato sin da prima del 1789, permetteva a'figli legittimi, comunque stranieri, di succedere in Francia, ad esclusione del fisco; mentre il sistema di reciprocanza nè anche ammetteva questa eccezione. E non potrebbesi negare che eravi una vera contraddizione ed una specie di ironia nel dichiarare da un lato che gli stranieri erano capaci di *trasmettere*, e d'altro lato che erano incapaci di *succedere*; dappoichè per lo più la eredità dello straniero in Francia andava devoluta a' suoi parenti stranieri come lui; e la capacità di trasmettere nella persona del *de cuius* non preservava la eredità sua dalla caducità, eccetto nel caso più raro, in cui lasciasse parenti francesi; ed in mancanza di parenti francesi, andava devoluta allo Stato (art. 768—684). È vero che non era questo l'antico diritto di albinaggio, e la confiscazione non era diretta; ma non rinvenivasi, in questo sistema di *caducità* sì largamente applicato, nulla che si avvicinasse alla *confiscazione* indiretta (*supra*, n. 166 *quater*). I prodotti di questo diredamento erano altronde poco importanti; e la ragione erane semplice; cioè che gli stranieri evitavano di acquistare beni in Francia, sotto l'impero di una legislazione che non permetteva loro disporne, e la quale, in tempo della loro morte, non ammetteva i loro parenti a conseguirli. Quindi accadeva, in sommo detrimento dello interesse nazionale del paese, che gli stranieri recavano altrove la industria loro ed i loro capitali.

193.—Segnatamente questi furono i motivi che indussero il legislatore ad abrogare gli art. 726 e 912 del Codice Napoleone.

La legge del 14 luglio 1819, la quale contiene questa abrogazione e forma il nostro vigente diritto, si compone di due articoli così concepiti.

Articolo 1. « Gli art. 726 e 912 del Codice » Napoleone sono abrogati: conseguentemente » gli stranieri avranno il diritto di succedere, » disporre e ricevere nel modo stesso de'Fran» cesi in tutta la estensione dell'Impero ».

Articolo 2. « In caso di divisione della stes» sa eredità fra coeredi stranieri e francesi, co» storo preleveranno su'beni siti in Francia » una porzione eguale al valore de'beni siti » in paese straniero, da cui si trovassero esclu» si, per qualsivoglia titolo, in forza delle leg» gi o consuetudini locali ».

Tali disposizioni vengono intitolate: *Legge relativa all'abolizione del diritto di albinaggio e di detrazione*; ma è evidente che questo titolo manca di esattezza: la legge del 14 luglio 1819 non ha potuto abolire il *diritto di albinaggio e di detrazione*, pel semplice motivo che la legge de' 16-18 agosto 1790, la quale avevane pronunziato l'abrogazione, non era stata giammai abrogata dall'art. 726, nè da alcun altro testo (*supra*, n. 166; *ved.* il nostro t. 1, n. 244; confr. nondimeno Demangeat, *Della condiz. civ. degli stranieri*, p. 280).

Gli art. 726 e 912 avevano abrogato la legge degli 8-15 aprile 1791 (art. 3), la quale rendeva *gli stranieri capaci di conseguire in Francia le eredità de'loro parenti, eziandio francesi, di ricevere e disporre per tutte le vie permesse dalla legge;* ed appunto agli stabilimenti di questa ultima legge siamo stati ricondotti dalla legge del 14 luglio 1819, non per le considerazioni di filantropia e di fraternità universale, che avevano determinato il legislatore del 1791, ma per motivi di economia politica e *per calcolo*, disse il ministro di giustizia nella esposizione de'motivi della legge del 1919 (Locrè, *Legisl. civ.*, t. X, p. 501).

194.—Conseguentemente la legge del 14 luglio 1819 dispone (art. 1) che:

« Gli stranieri avran diritto di succedere... in Francia, nel modo stesso che i Francesi, in tutta la estensione dell'Impero ».

Nulla di più generale ed assoluto.

La capacità dello straniero di succedere in Francia non va dunque in avvenire subordinata a veruna condizione di reciprocanza, nè da stato a stato, in forza di trattato diplomatico; nè da persona a persona, in forza delle leggi straniere.

La stessa legge francese, ed essa sola, chiama in tutti i casi lo straniero alla successione.

195.—Epperò lo stato di guerra non arreca al certo alcun mutamento nè veruna interruzione in tale capacità dello straniero, la quale, trovandosi stabilita dalla legge, dipende dallo stato delle relazioni internazionali molto meno di quella derivante da un trattato (confr. arresto C. cass. 3 vendem. anno IX, Fassi, Sirey, 2, I, 75; Rossi, *Enciclop. del Diritto*, v. *Albinaggio*, n. 18; Demangeat, *della condiz. civ. degli stranieri*, p. 283, 284).

196.—Altronde ben si comprende che, in conformità della legge francese, gli stranieri

succedono in Francia: la stessa ragione richiede così, dappoichè è ad evidenza impossibile che la successione aperta in Francia venga regolata da legge diversa dalla francese; e tanto precisamente risulta dal nostro art. 1, a norma di cui gli stranieri succedono *nel modo stesso de' Francesi*. Il legislatore del 1819 non ha di fatti stabilito a pro degli stranieri una capacità speciale ed eccezionale: ha voluto semplicemente trattarli, in materia di successione, come i Francesi, nè più nè meno.

E di qui discendono due corollari:

Da un lato lo straniero succede in Francia, ancorchè non potesse succedere, a norma della legge del suo paese; e succede, a norma della legge francese, senza alcuna distinzione, per conseguenza di sesso, nè di primogenitura, nè della origine o della natura de' beni (art. 731, 732, 745 — 654, 655, 667);

D'altro lato lo straniero non succede in Francia, ancorchè potesse succedere a norma della legge del suo paese; e, a cagion di esempio, il padre straniero, erede del figlio, la cui successione siasi aperta in Francia, non escluderebbe l'avo materno del defunto (art. 733, 746—668 e 669), anche quando, in conformità della legge del paese, cui appartiene, il padre fosse solo erede del figliuolo ad esclusione dell'avo materno (confr. arresto C. cass. 21 lug. 1851, Gurcel, Dev., 1851, I, 685; *supra*, n. 191).

197.—Non pertanto questa ammissione degli stranieri al diritto di succedere in Francia, senza veruna condizione di reciprocanza, potendo ridondare, in più di una occasione, in detrimento de' Francesi, il legislatore del 1819 ha voluto, per quanto dipendeva da lui, ripristinare la eguaglianza fra gli uni e gli altri, quando si trovasse annientata dalla differenza esistente fra la legge francese e la legge straniera.

È questo lo scopo dell' art. 2 della nostra legge e del prelevamento che permette a pro de' coeredi francesi, quando, per effetto delle affinità tra famiglie francesi e famiglie straniere, o per effetto delle naturalizzazioni, si trovino in concorrenza con coeredi stranieri.

Questo sistema di prelevamento può far sorgere difficoltà abbastanza gravi; ed è importante ampiamente ragionarne.

Tanto precisamente imprenderemo, disaminando i due punti seguenti:

A. In quali casi siavi luogo ad esercitarlo;

B. Come ed in qual modo si eserciti.

198.—A. Primamente dimandiamo in quali casi siavi luogo al prelevamento permesso dall' art. 2 della legge del 14 luglio 1819.

Per risolvere tal quistione conviene successivamente fermarsi:

1.° Alle cause in forza di cui i coeredi francesi verrebbero esclusi dalla legge straniera da' beni siti in paese straniero;

2.° Alla natura de' beni componenti la eredità, sia in paese straniero, sia in Francia.

199. — 1.° E dapprima, torna indubitato che l' art. 2 sia inapplicabile, quando gli eredi francesi vengano esclusi, nella loro medesima qualità di Francesi, dalla legge straniera.

Ma che mai è da statuire, quando la esclusione totale o parziale che colpisce i Francesi sia applicabile agli stessi stranieri, in conformità della propria legislazione; in altri termini, quando abbia per causa, non la estraneità, ma il sesso, l' età o il grado di parentela, chiamando la legge straniera, a cagion di esempio, il primogenito o il figlio in esclusione del secondogenito o della figliuola, o ripartendo la eredità in altra guisa non unisona alla legge francese? In simil caso potrebbesi sostenere che i coeredi francesi non hanno diritto ad alcun prelevamento su' beni siti in Francia: la legge del 14 luglio 1819, sosterrebbesi, abrogando l' art. 726 del Codice Napoleone, ammette lo straniero a succedere in Francia, ancorchè il Francese non venisse ammesso a succedere nel paese dello straniero: in somma esso abroga il sistema della reciprocanza; e, prevedendo la conseguenza della ipotesi contemplata, cioè di quella in cui uno straniero succederà in Francia, senza che reciprocamente un Francese succeda nel paese di questo straniero, permette, per tal caso, un prelevamento a pro del Francese. Tal è lo scopo definito e determinato dell'art. 2. Dunque, se il Francese venga ammesso a succedere nel paese dello straniero, l' art. 2 non è applicabile. Allora il Francese può succedere unicamente a norma della stessa legge straniera, che lo ammette; o precisamente così un tempo succedevasi in Francia, nelle diverse provincie, secondo la particolare legislazione di ciascuna di esse, senza che, ad onta delle diversità cotanto notabili di quelle numerose legislazioni, alcuna di esse abbia giammai impreso di riparare, su' beni siti nel suo perimetro, le ineguaglianze o le esclusioni cui gli eredi da essa chiamati avevan potuto soggiacere nel perimetro delle altre consuetudini.

Tali motivi non vanno scevri d'importanza; e dapprima ne eravamo rimasti sommamente

tocchi (*ved.* il nostro t. I, n. 93); ma in ultima analisi opiniamo che la dottrina opposta è la migliore, e che il prelevamento dovrebbe aver luogo, in questo medesimo caso, a pro de' coeredi francesi:

1.° Perchè il tenore dell' art. 2 è tanto generale per quanto è possibile, e di fatti permette il prelevamento, qualunque sia la causa della esclusione totale o parziale: *per qualsivoglia titolo, in forza delle leggi o consuetudini locali*;

2.° Perchè tale intendimento della legge venne dichiarato nella esposizione de' motivi fatta alla Camera de' pari nel 1819 dal guardasigilli, il quale, additando precisamente le ineguaglianze risultanti dalla diversità delle nostre antiche consuetudini, fece riflettere che se non erasi pensato ad ovviarvi, la ragione si è che *un Francese guadagnava ciò che l'altro perdeva*, mentre *non puossi mostrare la stessa indifferenza pe' vantaggi di uno straniero sopra un Francese* (Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 503);

3.° Finalmente, perchè questa soluzione, al postutto, nulla offre di eccessivo, ed il legislatore francese, il quale avrebbe potuto escludere pienamente gli stranieri, ha potuto *a fortiori* chiamarli sotto le condizioni che gli son sembrate eque nello interesse de' Francesi. (Confr. Duranton, t. VI, n. 83; Rossi, *Enciclop. del Diritto*, v. *Albinaggio*, n. 18, 19; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 420; Demante, t. III, n. 33 *bis*, 11; Rodière, *Rivista di legisl.* di Wolowski, t. I, del 1850, p. 192).

200. — Il nostro art. 2 sarà forse applicabile, se la esclusione totale o parziale del coerede francese da' beni siti in paese straniero, provenga non direttamente dalla legge o dalla consuetudine locale, ma da disposizione a titolo gratuito fatta dal *de cujus*?

La liberalità può essere stata fatta:

Sia a pro di un coerede straniero;

Sia a pro di un coerede francese.

A. Nel primo caso, val dire se il vantaggiato sia un coerede straniero, è uopo del seguente dilemma:

O la disposizione è valida simultaneamente a norma della legge straniera e della legge francese, le quali trovinsi unisone, su tal punto, l'una all'altra; ed allora avvisiamo non esservi luogo a verun prelevamento nello interesse del coerede francese; dappoichè, nè dalla legge straniera, nè dalla legge francese lo straniero trovasi allora vantaggiato; e la ineguaglianza che ne risulta a pro di costui, non proviene dalla sua estraneità (confr. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 241);

O la disposizione è valida per legge straniera, ma nulla per legge francese; ed in tal caso ci pare che il prelevamento potesse esercitarsi dal coerede francese su' beni siti in Francia. Indarno obbietterebbesi che la ineguaglianza proceda allora non *dalla legge* o *dalla consuetudine locale*, ma dalla volontà del defunto; avvegnachè precisamente *la legge* o *la consuetudine locale* sancisce questa volontà. E poi forse l' art. 2 non permette il prelevamento a pro del Francese, quando venga escluso *per qualsivoglia titolo*? Dunque questa soluzione sembra unisona allo scopo essenziale della legge del 1819, la quale si propone di trattare egualmente gli stranieri ed i Francesi, e la quale, se non vuole in avvenire alcun privilegio risultante avverso lo straniero dalla legge francese, non vuole del pari alcun privilegio risultante avverso il Francese dalla legge straniera. « Per riparare una ingiustizia, diceva il barone Pasquier, relatore del progetto di legge, è uopo badare a non commetterne un'altra. »

Ed il guardasigilli, nella esposizion de' motivi, dichiarò più positivamente ancora essere indifferente che la *esclusione de' coeredi francesi provenga dal fatto solo della legge, o che risulti da una disposizione dell' uomo permessa dalla legge* (confr. Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 503, 504 e 572; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 102, nota *a*; Rossi, *Enciclop.*, v. *Albinaggio*, n. 20).

B. Nel secondo caso, val dire se siasi fatta la disposizione a pro di un coerede francese, ad evidenza non vi sarà possibile difficoltà, anche quando la legge francese e la legge straniera saranno unisone, sia per dichiarar nulla, sia per dichiarar valida tal disposizione; ed è manifesto che non saravvi luogo a prelevamento nè in caso di validità nè in caso di nullità.

Ma che cosa statuire, se la disposizione, nulla a norma della legge straniera, sia valida in conformità della legge francese?

Rossi ha opinato che in tal caso sarebbe unisono allo spirito ed al voto della legge lo applicare l' art. 2, ad obbietto di eseguire, per quanto sia possibile, la volontà del disponente; dappoichè il voto del legislatore si è che « il Francese ottenga su' beni siti in Francia « tutto ciò che lo straniero conseguirebbe, se « facesse valere in Francia i suoi diritti di

« erede o legatario. » (*Loc. supra cit.* n. 20).

Questa ultima proposizione è forse ben fondata? Ciò che la legge del 1849 si propone non è precisamente stabilire, a pro del Francese, su' beni siti in paese straniero, gli stessi diritti che lo straniero conseguirebbe, come erede o legatario, su' beni siti in Francia: non è questo, a parer nostro, il suo sistema di reciprocanza: ciò che essa vuole semplicemente impedire si è che lo straniero ottenga, in forza della sua legge nazionale, su' beni siti nel suo paese, una porzione privilegiata in detrimento del Francese: or, nella nostra ipotesi, lo straniero nulla ottiene: dunque non evvi alcuna ineguaglianza da riparare nello interesse del Francese. È vero che il Francese neppure ottiene preferenza su'beni siti in paese straniero; ma la legge francese non ha inteso garentirgli di fatti questa preferenza, ad onta della legge straniera in detrimento dello straniero (confr. decis. C. di Grenoble 25 ag. 1848, Chauten, Dev., 1849, II, 257; arresto C. cass. 27 ag. 1850, stesse parti, Dev., 1850, I, 647; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 241).

201. — Altronde ciò che è indubitato si è che l'art. 2 della legge in esame non sarebbe applicabile, qualora gli eredi francesi, ammessi a succedere, a norma della legge straniera, sotto le stesse condizioni degli eredi stranieri, si trovassero soltanto impediti di esportare i beni del paese in cui sono siti; dappoichè non vi sarebbe alcuna esclusione nè totale, nè parziale; e non rinverrebbesi quindi alcuna base nè alcuna misura per lo esercizio di un prelevamento qualsivoglia (Rossi, *Enciclop.*, v. *Albinaggio*, n. 20).

202.—Soggiugniamo che l'art. 2 della legge del 14 luglio 1849 nè anche sarebbe applicabile, qualora i coeredi stranieri appartenessero ad una nazione che avesse stipulato anteriormente, con la Francia, la reciproca capacità di succedere, secondo le rispettive leggi di ciascun paese.

Tale è il sentimento professato da Rossi; ed avvisiamo, con l' eminente pubblicista, che i trattati, i quali possono di fatti venir modificati solo di comune accordo, sussisterebbero, in simigliante caso, finchè non venisse denunziato il loro termine (confr. *Enciclop. del Diritto*, v. *Albinaggio*, n. 20.)

203. — 2.° Relativamente alla qualità degli eredi chiamati alla successione, l' art. 2 della legge del 1849 contempla il caso di divisione della stessa eredità *fra coeredi francesi e stranieri.*

Ma può accadere che i coeredi sieno o tutti stranieri o tutti francesi.

Vi sarebbe forse luogo, nell' una o nell' altra di tali ipotesi, allo esercizio del prelevamento?

A. Supponiamo primieramente che tutti i coeredi sieno stranieri.

Il prelevamento permesso dall' art. 2 potrebbe forse esercitarsi allora da'coeredi stranieri i quali, chiamati dalla legge francese, venissero per contrario esclusi in tutto o in parte, per legge straniera, da' beni siti nel loro paese?

Non avvisiamo così: non solo manca il testo, prevedendo il concorso di coeredi stranieri e francesi; ma non rinviensi neppure la stessa ragione del testo; dappoichè se la legge vuole stabilire la eguaglianza, vuole stabilirla nello interesse de' coeredi francesi; ed essa non ha al certo gli stessi motivi per volere che la eguaglianza domini fra' coeredi stranieri. « L' abolizione del diritto di albinaggio avrà il pieno suo effetto, disse il guardasigilli nel 1815, *quante volte vi saranno soli eredi stranieri.* » (Confr. Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 568; Rossi, *Enciclop.*, v. *Albinaggio*, n. 20; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 242; Duvergier sopra Toullier, t. II, p. 402, nota *a*).

203 *bis.* — B. Contempliamo ora la ipotesi inversa: tutti i coeredi son francesi.

A cagion di esempio, la legge straniera ammette i Francesi a succedere nelle stesse condizioni de' nazionali medesimi; ma secondo l'ordine di trasmissione ereditaria da essa stabilito, determinati parenti chiamati in forza della legge francese su' beni siti in Francia, sono per contrario, in forza della legge straniera, su' beni siti in paese straniero, esclusi in tutto o in parte da altri parenti francesi.

I parenti francesi, così esclusi in paese straniero, da altri parenti francesi, possono forse esercitare il prelevamento permesso dall'art. 2?

Tal quistione è, a parer nostro, di malagevole scioglimento.

Per la negativa possonsi invocare il testo e la ragione della legge del 1819:

Di fatti da un lato il testo dell'art. 2 applicasi al caso di concorso fra coeredi stranieri e francesi;

D'altro lato il coerede francese, vantaggiato dalla legge straniera, ha sempre diritto di invocare in Francia la legge comune di tutti i Francesi. La sua chiamata ereditaria, rispetto a lui, relativamente a' beni siti in Francia, è pura e semplice; e non gli si può opporre, co-

me si fa all' erede straniero, che la leggo la qualeaveva diritto di escluderlo ha potuto ammetterlo sotto condizione di un prelevamento a pro de' coeredi francesi ; dappoichè la sua chiamata ereditaria in Francia è indipendente dalla sua chiamata ereditaria in paese straniero. Finalmente puossi aggiugnere che in questo caso, ciò che va perduto da alcuni parenti francesi, si guadagna da altri parenti francesi, e che quindi non evvi luogo ad imprendere il ristabilimento della eguaglianza, del pari che non potevasi imprenderlo un tempo, quando esclusionioineguaglianze simiglianti sorgevano tra Francesi, per effetto della varietà delle diverse legislazioni consuetudinarie(*sup.*,n. 199; Duvergier sopra Toullier,t.II,n.102,nota *a*).

Non pertanto il barone Pasquier, relatore del progetto di legge nel 1819, dichiarò positivamente che « quando i Francesi sieno condomini, per diritto di successione, in Francia ed in paese straniero, si forma una massa del tutto, e la divisione ha luogo in conformità delle leggi francesi. » (Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 572). Quindi non è forse uopo inferirne che i termini dell'art. 2 sono semplicemente enunciativi,e che, se uno straniero può invocare questa legge affatto di eguaglianza, *a fortiori* tal benefizio debbe appartenere ad un Francese? tanto più che il legislatore francese, come con sommo fondamento osserva Demante, propende sempre a devolvere e dividere le eredità nell' ordine e nelle proporzioni da lui stesso stabiliti? (T. III, n. 33 *bis*, III; dec's. C. di Bastia 25 marzo 1833, Palmieri, D., 1834, II, 3; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 42).

204.—3.° Ora dobbiamo osservare in quali casi, atteso la natura de' beni onde si compone la eredità, siavi luogo allo esercizio del prelevamento permesso dall' art. 2.

L' applicazione di tal sistema di prelevamento suppone ad evidenza che la medesima successione vada simultaneamente regolata dalla legge straniera e dalla legge francese; e conseguentemente altresì suppone che tal successione comprenda nel tempo stesso beni siti in paese straniero ed in Francia.

Ciò premesso, la eredità può comprendere:
Sia solo immobili;
Sia solo mobili;
Sia finalmente mobili ed immobili.

205. — Se la eredità si componga di soli immobili, l'art. 2 è al certo applicabile; e ciò, senza veruna distinzione, che il *de cujus* sia Francese o straniero, e sia qualunque il luogo dell' apertura della successione (confr. art.3; ed il nostro t. I, n. 90, 91; arresto C. cass. 9 giugno 1852, Pautard, Dev., 1852, I, 733).

206. — Se la eredità si componga di soli beni mobili, l' applicazione dell' art. 2 sembrerà pure indubitata, quando il *de cujus* sarà Francese (art 110); ed in tal caso il prelevamento avrà luogo su' mobili che si rinverranno in Francia,per compensare gli eredi francesi delle esclusioni o delle preferenze cui soggiacessero su' mobili che si trovassero in paese straniero (confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 102, nota *a*).

Ma bisognerà forse adottare la stessa soluzione, se il *de cujus* sia straniero?

Per la negativa obbiettasi che allora le due leggi, la francese e la straniera, non regolano tal successione, la quale è per contrario esclusivamente regolata dalla legge straniera; dappoichè da un lato, dicesi, la legge del domicilio del defunto è la regola della sua successione (arg. dall' art. 110): e d' altro lato i mobili, in qualunque luogo sieno siti in fatto, reputansi,in diritto,non avere altra situazione se non quella del domicilio di colui al quale appartengono. . . *mobilia sequuntur personam*. Questi mobili, comunque trovinsi in Francia, son dunque valori stranieri, regolati dallo statuto personale del proprietario,e di cui la legge francese non ha a regolare la trasmissione. Aggiugnesi che tal dottrina debbe segnatamente seguitarsi circa i beni mobili lasciati in Francia dallo straniero morto in estero paese ed eziandio in Francia, qualora eravi semplicemente di passaggio; e che, se vi fosse luogo a dipartirsene, ciò accadrebbe unicamente riguardo allo straniero domiciliato in Francia o che vi avesse formato uno stabilimento (confr. decis. C. di Grenoble 25 ag. 1818, Charton, Dev.,1849, II, 257; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 102, nota *a*; Rodière, *Rivista di legislaz.*, t. I, del 1850, p. 181 e seg.; Foelix, *Diritto internaz.*, p. 155; Mailher de Chassat, *degli statuti*, n. 63.)

La nostra soluzione è ben diversa da questa.

Primamente osserveremo,con Demante,che la massima:*mobilia sequuntur personam* non ostava,nella nostra antica giurisprudenza,alla applicazione del diritto di albinaggio su'mobili lasciati in Francia da uno straniero:or l'applicazione del sistema di prelevamento, per noi chiesto solo oggidì, ben lungi dall' essere cotanto eccessivo assume per contrario il più rispettabile de'caratteri, quello cioè della eguaglianza e della equità! Quanto a noi, non pro-

scriviamo assolutamente la dottrina a norma di cui la eredità mobiliare dello straniero in Francia dovrebbe regolarsi dalla legge straniera; per contrario abbiamo già detto che l'ammettiamo quante volte nessuno interesse francese verrà inginstamente leso, e per esempio, quando vi saranno solo coeredi stranieri (*ved.* il nostro t. I. n. 94; ed aggiung. decis. C. di Parigi 13 marzo 1850, Brown-Lynch, Dev., 1851, II, 791). Ma abbiamo del pari aggiunto la riserva, che l'applicazione della legge straniera a' mobili dello straniero in Francia non potrebbe mai divenire cagion di nocumento avverso i Francesi; ed ecco perchè conseguentemente avvisiamo:

1.° Che i coeredi francesi potranno dimandare l'applicazione della legge francese a'mobili dello straniero che trovansi in Francia, senza essere astretti a soggiacere, su' mobili stessi, le esclusioni o le ineguaglianze risultanti avverso di essi dalla legge straniera;

2.° Che il prelevamento permesso dall'art. 2 della legge del 1819 dovrebbesi esercitare eziandio su'mobili, per compensarli delle esclusioni o delle ineguaglianze cui soggiacerebbero su' beni siti in paese straniero: questo ci sembra essere il manifesto spirito della legge del 14 luglio 1819, la quale si applica, ne' termini più generali, a tutte le *successioni* ed a tutti i *beni*, considerando non la loro situazione di fatto, ma la loro situazione legale, per raggiugnere con sicurezza, in tutti i casi, lo scopo equo cui mira; e Rossi aggiugne pure con moltissimo fondamento che se non avvenisse così, il legislatore nulla avrebbe fatto; dappoichè chi mai ignora che principalmente in mobili, in effetti pubblici, in azioni industriali, in mercanzie, gli stranieri possono lasciare, nel morire, una parte considerevole della loro fortuna in Francia. (Confr. arresti C. cass. 27 ag. 1850, Chanten, Dev., 1850, I, 647; 21 marzo 1855, Galitzin, Dev., 1855, I, 273; 9 gennaio 1856, Gomez, *il Diritto* del 10 gennaio 1856; Rossi, *Enciclop. del Diritto*, v. *Albinaggio*, n. 19; Valette sopra Proudhon, t. I, p. 99; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 421; Demangeat, *della condiz. degli stranieri*, p. 403; Demante, t. III, n. 23 *bis*, IV; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 242).

207. — Il fin qui detto dimostra sufficientemente che, con la denominazione de' beni mobili lasciati dallo straniero in Francia, comprendiamo non solo i mobili corporali, ma eziandio i mobili incorporali, i crediti, le rendite, le azioni, ec.

Questa dottrina non può incontrare alcuna difficoltà, relativamente a'crediti qualsivogliano, il cui debitore sia Francese, o almeno domiciliato in Francia; dappoichè i crediti, i quali di per sè non hanno materiale situazione, *quae nullo continentur loco*, reputansi in diritto siti nel luogo del domicilio del debitore, cioè nel luogo in cui il creditore debba in generale andare a chiedere il pagamento, e la cui giurisdizione sarebbe competente in caso di procedimenti giudiziali: dunque tutti i crediti, il cui debitore sia Francese, debbonsi considerare come valori francesi, ovvero, in altri termini, come mobili siti in Francia (confr. il nostro t. IX, n. 329 e seg.; Demante, t. III, n. 37 *bis*, V).

Ma la corte di cassazione è andata anche più oltre; statuendo che il prelevamento permesso dalla legge del 14 luglio 1819 potevasi pure esercitare su'valori pagabili in paese straniero, quando i titoli di tali crediti siensi lasciati in Francia dal defunto (arresto 21 marzo 1855, Galitzin, Dev., 1855, I, 273). Potrebbesi obbiettare che, per lo stesso principio da noi accennato, son questi valori stranieri; e la medesima corte di cassazione giudicò che i valori, i quali abbiano lor sede in paese straniero, essendo straniero il debitore, non danno luogo in Francia ad alcun diritto di mutazione per causa di morte (confr. arresti C. cass. 23 genn., l'ammin. del registro, e 2 lug. 1849, stesse parti, Dev., 1849, I, 193 e 640). Ma è da rispondere che *la legge d'imposizione è uno statuto reale, il quale non può sorpassare la frontiera per colpire, in estero paese, somme dovute, in forza di titoli esistenti in Francia;* mentre l'art. 2 della legge del 1819 non racchiude effettivamente veruna quistione di statuto, nè reale nè personale: essenziale suo scopo si è ristabilire, per quanto sia possibile, la eguaglianza nella divisione della eredità fra' coeredi francesi ed i coeredi stranieri; ed è uniformarsi al suo pensiero il permettere questo equo prelevamento, eziandio su' valori stranieri il cui titolo trovisi in Francia, ed ordinare la consegnazione del titolo stesso all' erede francese *per farlo valere come meglio gli piacerà.*

208.—Rimane la ipotesi in cui la eredità fosse composta simultaneamente di mobili ed immobili siti in paese straniero ed in Francia.

Ma al punto in cui siamo, questa ipotesi trovasi già per noi risoluta: è manifesto che la eredità stessa dovrà considerarsi come un sol tutto, e che il prelevamento permesso dall'art.

2 della legge del 1819 si eserciterà su' beni, mobili ed immobili, siti in Francia, per compensare i coeredi francesi delle totali o parziali esclusioni cui soggiaceranno su'beni, mobili o immobili, siti in paese straniero (confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, p. 102, nota *a*.)

209. B. La nostra seconda quistione si è come ed in qual modo si eserciti il prelevamento permesso dall' art. 2 della legge del 14 luglio 1819 (*supra*, n. 197).

È uopo primamonte determinare l' ampiezza de' prelevamenti da esercitare; ed all' obbietto riunisconsi fittiziamento in una sola massa tutti i beni del defunto, tanto quelli che trovansi in paese straniero quanto quelli che trovansi in Francia; tutti questi beni formano, come dichiara il testo in disamina (art. 2), *una medesima eredità*, la cui divisione debbesi fare tra' coeredi stranieri e francesi. Precisamente su questa massa vengono calcolati i diritti rispettivi degli eredi (conf. *il rapporto di Boissy-d'Anglas*, Locré, *Legisl.* civ., t. X, p.526-527; arresto C.cass. 16 feb. 1842, Bouffier, Dev., 1842, I, 714; decis. C. di Grenoble 25 ag. 1848, Chanten, Dev., 1849,II,257; arresto C. cass. 9 genn. 1856, Gomez, il *Diritto* del 10 gen. 1856; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 102, nota *a*).

È ben vero che la corte di cassazione statuisce, in materia di registratura, che quando una eredità si componga di beni siti parte in paese straniero e parte in Francia, i beni di Francia debbonsi considerare formare una eredità indipendente ; ma è questa una materia speciale; e conseguentemente tale eccezione debbesi ammettere unicamente per ciò che riguarda i dritti di mutazione (confr. arresto C. cass. 29 ag. 1848, l'amm. del registro, Dev., 1848, I, 624, e le conclusioni dell' avvocato generale Hello nella udienza del 16 feb. 1842, Dev., 1842, I, 717).

210. — Quando la totale o parziale esclusione, cui il coerede francese soggiace in paese straniero, provenga da una disposizione fatta dal *de cujus*, la quale non sia valida in Francia, ledendo, a cagion di esempio, la riserva determinata dalle nostre leggi, pare giuridico ed equo che il prelevamento si faccia, su' beni siti in Francia, in detrimento della porzione spettante, su' beni di Francia, agli eredi vantaggiati, i quali soli abbiano cavato profitto dalla esclusione medesima : non troverebbesi effettivamente giustificato da alcuna causa, qualora si volesse esercitare su la parte degli eredi non vantaggiati (confr. decis. C. di Grenoble 25 ag. 1848, Chanten, Dev. 1849, II, 257; arresto C. cass. 27 ag. 1850, stesse parti, Dev., 1850, I, 647; Massé e Vergé, sopra Zachariae, t. II, p. 242).

211. — Rossi ha insegnato che, nel caso in cui i beni siti in Francia non bastassero a compensare il valore de' beni siti in paese straniero, da cui il coerede francese fosse stato escluso, costui avrebbe un'azion personale avverso i suoi coeredi, su' beni che possedessero in Francia *ex alia causa*, per ottenere ciò che mancasse alla sua quota ; e che eziandio tale azione gli si dovrebbe accordare, *a fortiori*, quando, in mancanza di beni in Francia, nulla avrebbe potuto ottenere (*Enciclop. del Diritto*, v. *Albinaggio*, n. 20).

Ma cotesta opinione ci pare affatto inammissibile :

1.° Perchè, a norma del testo medesimo dell'art. 2 della legge del 14 luglio 1819, su'beni stessi ereditari, *su' beni siti in Francia*, puossi esercitare il prelevamento, e la legge attribuisce soltanto così a'coeredi francesi una porzione ereditaria maggiore su tali beni, senza constituirli menomamente creditori personali de' loro coeredi;

2.° Perchè di fatti tal sistema di prelevamento constituisce un determinamento ed un modo di divisione della stessa eredità, e, non essendovi più beni in Francia, ed *a fortiori* quando non ve ne sieno stati giammai, non esiste in Francia veruna eredità da liquidare e dividere.

212. — Nel por fine al nostro ragionamento, osserviamo che la legge del 14 luglio 1819 venne estesa alle colonie francesi con ordinanza del 21 novembre 1821, salvo nondimeno l'antica riserva stabilita da un editto di giugno 1783, a norma di cui gli stranieri eredi non possono esportare dalle colonie gli oggetti inservienti alle abitazioni e gli schiavi di ogni specie di destinazione (confr. Legat. *Codice degli stranieri*. p. 21).

SEZIONE II.

Quali sieno le cause d'indegnità.

SOMMARIO.

213. — A prescindere dalle cause d' incapacità un tempo ammettevansi cause di esclusione. — Quali erano?

214. — Continuazione. — Della esclusione risultante dalle rinunzie alla futura successione.

215. — Della esclusione risultante dalla diredazione.

216. — I principi all'obbietto vennero compiutamente mutati dal Codice Napoleone. — L'unica causa di esclusione da

asso ammessa è la indegnità; a la stessa legge stabilisca talo indegoità.

217. — L'art. 727 determina limitativamente le tre cause d' indegnità ammesse dal Codico.

218. — Continuazione. — Non è lecito oggidì ammelterne altre.

219. — La tre caose d'indegnità ammesse dal Codiee offrono il comune carattere di derivara da fatti, rannodantisi più o meno direttamente alla stessa apertura della successione.

220. — A. La prima causa d'indegnità consiste nel fatto di essere stato eondannato per aver dato o tentato di dare la morte al defunto.

221. — *Quid*, se l'eredn sia stato condannato come complice dell'omicidio?

222. — La pruova della colpabilità dell'erede può emergere soltanto da condanna pronunziata contro di lui.

223. — Continuazione. — Trattasi di condaona penala.

224. — Poco monta che la condanna sia in contraddizione o in contumacia.

225. — Dal potere la pruova della colpabilità dell'erede risultare soltanto da condanna penale conseguita che questa causa d'indegnità non potrà avverarsi, quando la condanna sarà divenuta impossibile. — Esempi.

226. — Ma similmente, una volta pronunziata la condanna, la causa d'indegnità addottasi non può venir cancellata mercè prescrizione della pena, nè mercè lettere di grazia, nè mercè perdono dalla vittima.

227. — Continuazione. — Forse è a dire nondimano che il *de cujus* non potrebbe validamente disporre per testamento de' suoi beni parzialmente ovvero totalmenta a pro di quello fra' suoi eredi ehe si trovasse in un caso d'indegnità?

228. L'omicidio volontario del defunto, ovvero, in altri termini, la uccisione o il tentativo di occisiona, constituisce questa causa d'indegnità.

229. — *Quid*, se l'erede abbia dato la morte al defunto ne' casi contemplati dagli art. 64, 66, 327, 328 e 329 dal codice penalo?

230. — *Quid* circa l'omicidio commesso nel caso contemplato dall'art. 319 del codice penala?

231. — *Quid* circa l'omicidio commesso dall'erede in persona del defunto nel caso contemplato dagli art. 309 e 310 dallo stesso codice?

232. — *Quid* circa l'omicidio commesso ne'casi contemplati dagli art. 321, 322, 324 e 323 dallo stesso codice?

233. — *Quid*, se il giurì abbia ammesso circostanze attenuanti?

234. — *Quid*, circa la morta data in duello al dafunto dallo erede?

235. — B. La seconda causa d' indegnità consiste nel fatto di aver formato contro il defunto un'accusa capitale giudicata calunniosa.

236. — Come è da intendera qui il vocabolo *accusa*?

237. — Continuazione.

238. — Continuazione.

239. — Qualo è il senso del vocabolo *capitale*?

240. — È uopo che la denunzia sia stata *calunniosa*. — Osservaziane.

241. — Continuazione. — È uopo che la denunzia siasi giudicata tala. — Di qual giudizio trattasi?

242. — Dietro dimanda del *de cujus* in generale la danunzia sarà stata giudicata calunniosa. — Potrebbesi forse giudicar tale, dietro dimanda de' suoi eredi o dietro lo richieste di uffizio del pubblico ministero?

243. — Questa caosa d' indegnità potrebbesi forse cancellare mercè il perdono accordato dal defunto al delatore?

244. — C. La terza causa d'indegnità consiste nel fatto che l'erede di età maggiore, informato dell'omicidio del defunto, non l'avrà denunziato alla giustizia. — Esposizione.

245. — L'erede è tenuto semplicemente di denunziare l'omicidio, ma non l'uccisore.

246. — Continuazione. — Neppure è tenuto constituirsi parte civile.

247. — L'erede sarebbe forse tenuto di denunciare l'uccisione commessa in persona del defunto, se l'uccisione medesima non fosse stata volontaria, se non costituisse omicidio, ovvero se questo fosse scusabile?

248. — *Quid*, se l'erede presuntivo, conoscendo il disegno micidiale dell' uccisore, l'abbia lasciato compiere, senza nulladimeno commettere alcun atto di complicità legale?

249. — L'erede è forse tenuto denunziare l'omicidio, se il defunto abbia perdonato l'uccisore ed abbia inibito denunziarlo?

250. — Si appartiene al magistrato statuire, secondo, i fatti, se l'erede sia stato informato dell'omicidio del defunto.

251. — In qual termine l'erede sia tenuto denunziare l' omicidio del defunto?

252. — Continuazione. — L'erede debbe forse denunziare l'omicidio prima di adire la aredità?

253. — *Quid*, se l'erede fosse stato prevenuto, sia co' procedimenti dal pubblico ministero, sia con la denunzia che i suoi coeredi o parenti di un grado più remoto avessero a quello sottoposta?

254. — L'erede è forse tenuto denunziare l'omicidio, quando già il magistrato siane informato e sian cominciate procedure?

255. — Altronda al solo arede la legge impone il dovere di denunziare. — Conseguenze.

256. — È uopo altresì che l'erede sia di maggiore età.

257. — *Quid*, circa l'ereda interdetto o recluso in uno stabilimento di pazzi, o semplicemente in istato di demenza?

258. — *Quid*, circa l'erede indigente?

259 — L'eredo minore o interdetto, in tempo dell'apertura della successione, è forse tenuto denunziare l' omicidio, quando sia divenuto di maggiore età o sia stato rilevato dalla sua interdiziona?

260. — La legga non poteva astringere l'erede a denunziare l'omicidio, quando l'uccisore fosse a lui legato con vincoli di parentela o affinità. — Art. 728.

261. — Continuazione. — Gli affini in linea collaterale sono forse, nell'art. 728, assimigliati agli affini in linea retta?

262. — L'art. 728 si applica unicamente alle successioni intestate. — Osservazione circa una opinione di Toullier.

263. — L'art. 728 è applicabile, quando il parente o l'affine dell'arede sia semplicemente complice dell'omicidio del defunto.

264. — Anche quando il parenta o l'affina dell'eredo non fosse effettivamenta autore nè complice dell'omicidio, è sufficiente, per potere l'art. 728 essere applicabile, cha l'erede abbia creduto di buona fede alla sua colpabilità.

265. — In quali casi l'erede potrà efficacemente cavar profitto dalla immunità di denunciare attribuitagli dall'art. 728?

266. — Continuazione.
267. — Continuazione. — *Quid*, se l'erede essendosi lasciato escludere per non soggettare il parente o l'affine a processure, l'uccisore venga dappoi scoperto? La eredità forse dovrà restituirsi all'erede ingiustamente dichiarato indegno?
268. — In qual modo questa causa d'indegnità debbesi provarè?

213.—In materia di successione, indipendentemente dalle cause d'incapacità, un tempo ammettevansi cause di esclusiono.

Le principali fra tali cause erano:

1.° La diredazione, cioè l'atto onde lo stesso *de cujus* aveva escluso dalla sua eredità, per giusto motivo, uno de' suoi parenti;

2.° La indegnità, cioè la esclusione dalla legge stabilita avverso l' erede pe' suoi torti contra il defunto;

3.° La rinunzia fatta, mentre viveva il *de cujus*, alla sua futura successione (confr. Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. I; Pothier, *delle Success.*, cap. I, sez. II, art. 4).

214. — Di queste tre cause di esclusione il nostro Codice riconosce una sola, cioè la indegnità.

Primamente, circa le rinunzie alle successioni future, le quali venivano, vigente il nostro antico diritto, consentite ne' contratti di matrimonio delle femmine a pro de' maschi, per sostenere, con tal mezzo, dice Pothier, lo splendore del nome, l'art. 791 — 708 espressamente le abroga nel seguente modo:

« Non si può nemmeno nel contratto di ma-
« trimonio rinunciare all' eredità di un uomo
« vivente, nè alienare i diritti eventuali che
« si potrebbero avere a tale successione. » (Agg. art. 1130 e 1600 — 1084 e 1445).

215. — La diredazione propriamente detta neppure esiste oggidì.

Indubitatamente ciascuno può liberamente privare tale o tale altro de'suoi eredi presuntivi de' suoi diritti successori, entro i limiti della quota disponibile, vantaggiando estranei o gli altri eredi per antiparte e fuori parte (art. 843, 919 — 762, 835); ma non è questa la diredazione come il nostro antico diritto l'ammetteva; dappoichè il disponente, il quale esclude l'uno per vantaggiare l'altro, non è tenuto di addurre alcun motivo di siffatta esclusione.

Altronde questa diredazione confondevasi, sotto alcuni rapporti, con la indegnità.

« Le stesse cause, diceva Pothier, per cui avrei potuto essere diredato da qualcuno dei miei parenti, se fossero giunte a sua cognizione, ed egli avesse avuto il tempo di fare la diredazione medesima, mi rendono indegno della sua eredità, qualora non sieno pervenute a sua conoscenza, ovvero non abbia avuto un tempo sufficiente » (*delle Success.*, cap. I, art. 4, § 2).

I torti dell' erede verso il defunto erano la causa comune della esclusione risultante dalla diredazione e dalla indegnità: se non che questa esclusione, quando erasi stabilito dallo stesso *de cujus*, denominavasi *diredazione*; e per contrario assumeva più specialmente la denominazione d' indegnità, qualora venisse stabilita dalla medesima legge, quando il defunto, come dice Pothier, non aveva avuto conoscenza della causa di esclusione o non avevo avuto il tempo di stabilirla.

E ciò dimostra che la indegnità era allora, per così dire, una interpetrazione della volontà presunta del defunto, e constituiva una specie di diredazione che il legislatore supponeva venire stabilita dallo stesso *de cujus*, se ne avesse conosciuto la causa e non gli avesse mancato il tempo di stabilirla.

216.—Tali principî furono compiutamente mutati da' compilatori del nostro Codice.

Noi non abbiamo più la diredazione: la sola indegnità è rimasta come causa di esclusione; e questa indegnità viene stabilita dallo stesso legislatore e di sua suprema autorità! Indubitatamente puossi affermare ancora oggidì che essa ha per causa, in una determinata proporzione, il presunto intendimento del *de cujus*, il quale non reputasi aver voluto lasciare la sua eredità ad un parente colpevole verso di lui de' torti più gravi; ma la indegnità, sotto l' impero del nostro Codice, poggia ancora sopra altro motivo più elevato ed esemplare; ed è pure una soddisfazione data alla morale ed alle pubbliche convenienze (*infra*, n. 226).

217. L' art. 727 — 648 è così conceputo;

« Sono indegni di succedere, e come tali
« esclusi dalle successioni;

« 1°. Colui che fosse stato condannato per
« avere ucciso o tentato di uccidere il defunto;

« 2°. Colui che avesse promossa contro il
« defunto un' accusa di delitto capitale, giu-
« dicata calunniosa;

« 3°. L' erede in età maggiore che, infor-
« mato dell' omicidio del defunto, non l' avrà
« denunciato alla giustizia. »

Laonde il nostro Codice ammette soltanto tre cause d'indegnità; ed è indubitato che questa circoscritta enumerazione sia rigorosamente limitativa.

Non avveniva così sotto l'impero del nostro antico diritto :

« Le cause, che possono rendere un erede indegno della eredità, diceva Domat, sono indefinite ; ed il discernimento di ciò che può bastare o non bastare per avere tale effetto, dipende dalla qualità de' fatti o delle circostanze.» (*Leggi civ.*,part.II,lib.I,sez.III,n.2).

È vero che in generale tenevasi dietro alle diverse cause di diredazione (nel numero di quattordici),additate da Giustiniano nella sua Novella 115, cap.III. Ma altronde il magistrato non era tenuto circoscriversi entro questa sfera; ed il vero si è che le cause d'indegnità erano, in quella epoca, affatto arbitrarie.

Precisamente ad obbietto di antivenire i pericoli e gli abusi di un tal sistema gli autori del Codice Napoleone han determinato limitativamente le cause, le quali solo in avvenire potrebbero far dichiarare indegno l'erede.

218.—Nessuna altra causa, qualunque potesse esserne la gravezza, potrebbe dunque venire ammessa; ed anche quando l'erede si fosse renduto colpevole, verso il suo autore, dei più notevoli oltraggi, qualunque danno abbia potuto cagionargli nella persona, nell' onore o nella sua fortuna, anche quando avesse oppugnato il suo stato e la sua legittimità,*si status ejus controversiam movit* (L. 9, § 2, ff. *de his quae ut indig. aufer.*), comunque da ultimo gravissime le loro reciproche inimicizie, non vi sarebbe luogo ad indegnità, se il caso non fosse un di quelli contemplati con l'art. 727. Quindi non vi sarebbe più luogo attualmente a dichiarare indegno, come praticavasi un tempo, l'erede che avesse impedito al defunto di fare un testamento, salvo per altro ogni azione di ristoro di danni-interessi contro di lui (confr. ff. *si quis aliquem test. prohib.*; Lebrun, lib. III, cap. IX, n.13; Merlin, *Rep* , v. *Testamento*, sez. IV.)

Le cause che possono rendere un erede indegno di succedere debbono essere nel sistema del nostro Codice,molto più gravi di quelle che potrebbero far pronunziare la rivocazione di una donazione tra vivi o di un legato (confr. art. 727, 955, 1046 — 648, 880, 1001). Quindi il legislatore ha considerato che il donatario o il legatario, i quali debbono la liberalità, di cui han formato l' obbietto, per sola volontà del disponente, per sua volontà liberale e beneficente, sono tenuti più rigorosamente verso di lui alla osservanza de'doveri di riconoscenza che non ne è tenuto verso l'autore della eredità l' erede intestato chiamato direttamente dalla stessa legge. Quindi forse il legislatore avrà divisato importare al bene generale dello stato che l'ordine delle trasmissioni ereditarie da lui stabilito venisse il men possibile sconvolto.

219. — È da por mente che le tre cause di indegnità ammesse dal nostro Codice offrono parimente il comune carattere di aver riguardo alla stessa apertura della successione del *de cujus*, sia che i fatti constitutivi della indegnità abbiano avuto o potuto avere per risultamento di produrre direttamente tale apertura, come ne' due primi casi contemplati dall'art. 727, sia che almeno vi si rannodino indirettamente, come nel terzo caso.

La idea predominante del novello legislatore è stata ad evidenza porre, in certa guisa, l'erede in presenza della eredità del *de cujus*, e dedurre unicamente, da' fatti stessi relativi all'apertura della successione, le sole cause che potrebbero farnelo escludere (*infra*, n. 241).

220.—Trovandosi le cause d'indegnità oggidì sì rigorosamente definite, è importante precisare in che consistano e sotto quali condizioni semplicemente possonsi avverare.

A. La prima causa d' indegnità, stabilita dall' art. 727, comma 1°., è l' omicidio commesso dall'erede in persona del *de cujus*(art. 295 C. pen.) ; ed il tentativo di omicidio va assimilato all' omicidio stesso, quando altronde, a norma dell'art.2 C.pen.—69 e 70, siasi manifestato con un principio di esecuzione, ove non sia rimasto sospeso, o se sia mancato di effetto per circostanze indipendenti dalla volontà del suo autore.

Ah! come ereditar da color che si assassina!

Questa prima causa d' indegnità è al certo la più grave: essa è pur quella che si riferisce, nel modo più diretto ed adequato,al fatto stesso dell' apertura della successione. Il legislatore non ha voluto che tale successione divenisse la ricompensa del misfatto che l' abbia fatta aprire, o che abbia tentato di aprirla; ed in vero tornava impossibile ammettere l'uccisore a conseguire le spoglie della sua vittima.

221.— Ancorchè l'art. 727 faccia menzione del solo tentativo, è indubitato che la complicità dell'erede nell'omicidio commesso in persona del *de cujus*, non debba essere parimenti assimigliato allo stesso omicidio : dappoichè a norma dell'articolo 59 C. pen. — 74 i complici del reato dovranno punirsi con la stessa pena inflitta agli autori medesimi del reato, salvo i casi in cui la legge avesse di-

versamente disposto:dehbesi tanto meno esitare a riconoscere nella complicità,una cagione d'indegnità, in quanto che l'art. 727, comma 3.°, dichiara indegno l'erede, il quale abbia semplicemente negletto denunziare l'omicidio del defunto, senza avere altronde menomamente coadiuvato a commetterlo; *a fortiori* l'erede complice, molto più colpevole, e che la legge criminale giustamente assimila allo stesso uccisore debbe incorrere la indegnità! (conf. Lebrun, lib. III. cap.IX n. 4. Toullier, t. II, n. 406; Duranton, t. VI n.89; Taulier, t.III, p. 128; Demante, t. III n. 35 bis V; Ducauroy, Bonnier e Roustaing, 423).

222. La pruova legale dell'omicidio, o del tentativo, o della complicità dell'omicidio stesso, può nulladimeno emergere solo da condanna.

È questo il positivo testo dell'articolo 727, il quale richiede che l'erede *sia stato condannato per* aver ucciso o tentato di uccidere il defunto.

Un tempo non avveniva così; e tale condizione non è, neppure oggidì, richiesta in materia di rivocazione,per causa d'ingratitudine, delle donazioni tra vivi, o delle disposizioni testamentarie (conf.art. 955 o 1046 —880 e 1001). Ma in questa materia delle successioni, molto più usuale e frequente,il legislatore ha creduto dovere precisare il più possibile non solo le cause ed i caratteri della indegnità; ma eziandio il modo di pruova della esistenza di tali cause, per antivenire deplorabili giudizi, cho la cupidigia o l'odio avrebbero avuto più spesso occasione di promuovere nelle famiglie.

223. Il testo dell' articolo 727 dimostra ad evidenza del pari trattarsi di condanna penale, cioè di condanna onde vien inflitta all'erede, dichiarato colpevole dalla corte di assise, la pena comminata dalle leggi.

Appresso disamineremo in qual modo la indegnità s'incorra, se abbia luogo di pieno diritto, o sia necessario che venga pronunziata in materia civile con speciale sentenza; ma sia qualunque il partito che vogliasi seguitare intorno a cotesta tesi, torna sin da ora indubitata la proposizione, che il magistrato civile non potrebbe venir adito, *a priori*, ad obbietto di assodare che l'erede abbia ucciso o tentato di uccidere il defunto, per dichiarare in conseguenza, unicamente in linea civile ed a titolo di danni interessi, la sua indegnità di succedere. La causa efficiente di questa indegnità può, giova ripeterlo, provarsi solo mercè condanna emanante dalla giustizia repressiva;e gli stessi motivi che indussero il legislatore a richiedere esservi stata condanna, l' hanno indotto parimenti a volere che la condanna medesima fosse penale;dappoichè di fatti nessuna altra potrebbe assodare con maggior precisione e certezza, tal causa d'indegnità.

224. Altronde poco monta che la condanna sia in contraddizione o in contumacia.

Se non che, in caso di condanna in contumacia, l'effetto andrà subordinato alla causa, cioè che l'esclusione risultante dalla indegnità diverrà diffinitiva sol dopo trascorso il ventennio, durante il quale la presentazione volontaria o forzata del condannato farebbe disparire il giudicato di condanna (conf. art. 2, e 476, 635, 461 C. istr. crim. — 4, 475, 613, 614).

E conseguentemente ogni evento che avesse per effetto di annientare la condanna annienterebbe pure nel tempo stesso la causa di indegnità, la quale erane la conseguenza; del pari che farebbe disparire,per regola generale, le condanne civili per riparazioni e ristoro di danni-interessi che nella condanna in contumacia si trovassero racchiuse.

Questa proposizione è inconcussa, qualora la indegnità si fosse pronunziata, avverso il contumace, con la stessa decisione di condanna, dietro dimanda degli altri eredi costituitisi parti civili.

Ma bisognerebbe eziandio applicarla nel caso in cui la indegnità si fosse pronunziata dal giudice civile posteriormente alla decisione di condanna in contumacia; ed avvisiamo che la esclusione pronunziata in linea civile sarebbe di necessità eziandio,in tal caso, condizionale e subordinata all'effetto cho la stessa legge rannoda alla condanna penale, che sola può servire di base al giudicato civile (conf.Demante, t. III, n. 35 *bis*, II; Duranton, t.VI, n. 99,101; Taulier, t. III, p. 128; Massè e Vergè sopra Zachariae; t. II. p. 243).

225. Dall'esser necessario che l'erede sia stato condannato conseguita,che quante volte la condanna sarà divenuta impossibile, la causa d'indegnità neppure potrà avverarsi.

Tanto avverrà:

1° Se l'azione pubblica si trovi prescritta (art. 637 C. istr. crim. — 643 e 614):

2° Se il colpevole sia morto, prima ovvero durante la processura, ma prima di pronunziarsi la decisione (art. 2 stesso Codice).

Di fatti in questi due casi nè il misfatto nè

la colpabilità dell'erede trovansi giudizialmente assodati: forse, se le discussioni avessero avuto luogo, quest'erede sarebbe stato assoluto, o almeno sarebbe riuscito a togliere al fatto la qualificazione di misfatto e farlo degenerare in semplice delitto. Ecco ciò che puossi affermare primieramente a suo pro; ma tal chiarimento non basta; ed è uopo aggiungere, in modo più radicale, che la indegnità non verrà allora in corsa; dappoichè la condizione necessaria sotto la quale soltanto la legge l'ha ammessa, non può più avverarsi. Quindi tal soluzione sarebbe la stessa, qualora il misfatto fosse notorio e manifesta la colpabilità, nel caso stesso in cui l'accusato morisse d'apoplessia fulminante, o per suicidio, (come si è supposto), dietro la dichiarazione affermativa del giurì, ma prima che la decisione di condanna si fosse pronunziata dalla corte di assise.

È vero, che su tal punto, il diritto romano e il nostro antico diritto francese avevano adottato una soluzione affatto opposta (conf. L. 9. ff. *de jure fisci*. Pothier, *delle succes.*, cap. I. sez. II, art. 4, § 2).

Ma abbiamo già osservato quanto i novelli principii, in questa materia, sieno diversi dagli antichi (conf. Merlin *Rep.* v. *indegnità*, n. 3. Chabot, su l'art. 727, n. 8; Toullier, t. II, n. 108; Duranton t. VI, n. 97; Malpel n. 39 a 45, Vazeille n. 9; Favard de Langlade *Rep.* v. *indegnità* § 3; Demante t. III, n. 3. *bis*, I.).

226. Ma del pari una volta pronunziata la condanna, la condizione richiesta dalla legge rimane adempita; e la causa della indegnità è avverata per guisa da non potersi più cancellare:

Nè con la prescrizione della pena, la quale, assai diversa dalla prescrizione dell'azione, non impedisce esservi stata condanna e quindi pruova legalmente acquistata della indegnità (conf. *supra*, n. 225, e 635, C. istr. crim. — 643 e 644);

Nè con le lettere di commutazione di pena ovvero di grazia piena accordate dall'Imperatore; dappoichè la grazia onde viene condonata la pena non impedisce che la condanna abbia avuto luogo: altronde sappiamo che è dessa sempre accordata colla riserva dei diritti acquistati dai terzi: or qui gli altri parenti hanno acquistato diritto di opporre all'erede condannato la sua indegnità di succedere (*ved.* il nostro t. I., n. 235; e Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 14);

Nè finalmente col perdono, eziandio il più positivo e compiuto, che il *de cuius* avesse accordato al suo parente condannato, o col divieto che avesse fatto agli altri parenti di far dichiarare la indegnità; dappoichè qui trattasi di legittima successione: la legge forma la esclusione dell'erede indegno: or il perdono del *de cuius* non può impedire che venga annientata la chiamata legale del suo erede.

È ben vero che un tempo il perdono, eziandio semplicemente presunto del trapassato, estingueva la causa d'indegnità; e presumevasi il perdono, quando trovavasi trascorso un tempo considerevole dopo l'offesa commessa, senza che lo stesso defunto avesse diredato il parente (Lebrun libr: III, cap. IX, n. 14, Pothier, *delle succes.* cap. I. sez. II, art. 4, § 2).

Ma la precisa ragione si è, che in quella epoca, la stessa indegnità era una specie di presunta diredazione, secondo la probabile volontà del defunto (*supr.* n. 215): or è noto che oggidì essa ha un carattere ben diverso e viene dalla stessa legge supremamente stabilita in nome delle convenienze sociali e della pubblica morale (conf. *supra*, n. 216; Delvincourt, t. II, p. 25, nota 3. Taulier t. III, p. 130).

È tanto più indubitato che la indegnità non proceda da semplice presunzione di diredazione, in quanto che applicasi eziandio a quelli eredi riguardo ai quali torna impossibile la diredazione, ai riservatari del pari che ai non riservatari.

Da ultimo soggiungiamo che il perdono medesimo somiglierebbe ad una specie di patto intorno ad una successione non aperta; novella causa di impossibilità e d'inefficacia! (art. 791, 1130, 1600, — 708, 1084, 1445).

227. Forse nulladimeno il *de cuius* non potrebbe validamente disporre per testamento di parte ovvero della totalità dei suoi beni (se non avesse eredi riservatari) a pro di quello fra suoi eredi che si trovasse in un caso di indegnità?

Non crediamo essere possibile giungere sino a ciò.

Ogni persona può disporre e ricevere, sia per donazione tra vivi, sia per testamento, eccetto quelle che la legge ne dichiara incapaci (art 902 — 848).

Or nessuna legge ha dichiarato incapace di ricevere, sia per donazione tra vivi, sia per testamento, l'erede che potesse essere esclu-

so, per causa d'indegnità, dalla successione intestata del disponente;

Dunque questo erede è effettivamente capace di ricevere una donazione tra vivi o un legato dal suo autore.

Ciò che il legislatore dichiara semplicemente con l'art. 727 si è che non vuole! appartenendogli il determinamento della successione, ammettervi l'erede che se ne è renduto indegno a suo credere. Ma quando tale successione invece di essere legittima, divenga testamentaria, e la chiamata degli aventi diritto derivi non più dalla legge, ma dalla volontà dell'uomo, non rinviensi più, nella sola causa d'indegnità di succedere ab intestato, una causa d'indegnità di succedere come legatario.

228. Questa prima causa d'indegnità consiste, come abbiam detto, nell'omicidio volontario commesso dall'erede in persona del defunto, ovvero, in altri termini, nel misfatto di *omicidio* o nel tentativo del misfatto stesso (art. 295 C. pen.)

La pruova primamente ne discende dal testo medesimo dell'art. 727, comma 1, il quale richiede che l'erede sia stato condannato per avere ucciso o *tentato* di uccidere il defunto: *tentato*, vocabolo dimostrante ad evidenza che bisogna esservi stata, nell'autore dell'omicidio, *volontà* di uccidere, non potendo esservi *tentativo* di omicidio involontario, ed il quale lo dimostra tanto più che i *tentativi* di delitto non sono in generale punibili (*ved.* art. 2 C. pen.).

Inoltre è manifesto che la legge vuole colpire e punire non l'accidente nè la sventura, ma la sola intenzione colpevole.

E di qui discendono importanti conseguenze.

229. Laonde non vi sarà luogo a dichiarare indegno l'erede il quale avrà ucciso il defunto:

1° Quando era in istato di demenza in tempo dell'azione, o quando sia stato costretto da una forza cui non ha potuto resistere; come se l'abbia ucciso in un accesso di furiosa pazzia (art. 64° C. pen.— 61 e 62).

2° Quando l'omicidio fosse ordinato dalla legge ed imposto dall'autorità legittima; come se l'erede, soldato o guardia nazionale, abbia ucciso il suo autore combattendo, in torbidi civili, fra gl'insorti (art. 327. C. pen.);

3° Quando l'omicidio venisse imposto dalla necessità attuale della legittima difesa di sè stesso o altrui; come se l'erede siasi semplicemente difeso da un'aggressione che esponesse a pericolo la propria vita, ovvero nei due casi contemplati dall'art. 329; C. pen. (art. 328 dello stesso codice);

4° Quando l'erede, autore dell'omicidio, avesse meno di sedici anni o siasi statuito avere agito senza discernimento, anche quando per misura di precauzione e di pubblica sicurezza, venisse ristretto in una casa di correzione per esservi nutrito e detenuto durante un tempo determinato con la sentenza (art. 66 C. pen).

Di fatti in questi diversi casi non evvi reato: l'accusato, qualora abbiano avuto luogo procedure (ciò che applicasi soprattutto alla quarta ipotesi testè riferita), debba venire assoluto; epperò, siccome non evvi condanna, non potrebbe esservi indegnità (conf. Pothier *delle success.*, cap. 1, sez. II, art. 4, § 2; Lebrun, lib. III, cap. IX, n. 2; Chabot su l'art. 727, n. 4; Vazeille, *id.*, n. 2; Toullier, t. II, n. 106; Duranton, t. VI, n. 90, 92; Marcadé, art. 727, n. 62; Ducaurroy, Bonnier, e Roustaing, t. II, n. 423).

230. 5. La stessa soluzione dovrebbesi pure adottare, e non vi sarebbe luogo a dichiarare indegno l'erede, ancorchè avesse incorso una condanna per cagion dell'omicidio commesso da lui in persona del defunto, qualora unicamente per dappocaggine, imprudenza, disattenzione, negligenza o inosservanza dei regolamenti fosse stato questo omicidio involontariamente commesso, o ne fosse stato involontariamente la causa (art. 319 C. pen.)

Imperocchè, da un lato, non sarebbe stato allora condannato *per* avere ucciso il defunto, ma semplicemente (ad una pena correzionale) *per* aver commesso una imprudenza o negligenza.

E, d'altro lato, la volontà criminosa, la quale sola constituisce la colpabilità morale e legale, nè anche sussisterebbe. A cagion di esempio, trattasi di un fratello che abbia ucciso il fratello alla caccia per imprudenza: non è forse egli più sventurato che colpevole, o piuttosto non è forse unicamente uno sventurato il quale quasi sempre formerà a sè stesso un soggetto di lutto durante tutta la sua vita, ed al quale la legge non avrebbe potuto, senza ingiustizia ed inumanità, infliggere la pena della indegnità?

È ben vero che, a norma della legge 3. del Digesto, *de his quae ut indignis auferentur*, veniva dichiarato indegno di conseguire l'ere-

dità chi fosse stato la causa o la occasione della morte del *de cujus, per negligentiam et culpam suam*. Ma, a prescindere dal trattarsi in quella specie di una eredità non legittima, ma testamentaria (*institutus*), è uopo osservare che, per diritto romano ; il fisco, profittando dei beni tolti agl' indegni, era accaduto essersi moltiplicate oltremodo, nel suo interesse, le cause d' indegnità in materia di successione testamentaria o legittima.

I principî del diritto francese sono affatto diversi (conf. Merlin, *Rep.*, v. *Indegnità*, n. 3; Chabot su l'art. 727, n. 4; Poujol su l'art. 727, n. 3; Duranton, t. VI, n. 94; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 169; Massé e Vergé, t. II, p. 243).

231. 6. Viemaggiormente ! converrebbe pur seguitar la medesima soluzione, o nè anco dovrebbesi dichiarare indegno l'erede condannato per avere volontariamente apportato al defunto ferite o colpi che gli avessero cagionato la morte, ma senza intendimento di arrecargliela : non vi sarebbe luogo, noi diciamo. a dichiararlo indegno, benchè nulladimeno potesse incorrere una condanna severissima, come quella dei lavori forzati a tempo, ovvero dei lavori forzati perpetui, so vi fosse stata premeditazione o agguato (art. 309, 310 C. pen.).

Sarebbe sempre ben fondato il sostenere, comechè questa volta colpevole l'erede, essere stato condannato non *per* avere ucciso (dappoichè per contrario si ravviserebbe non avere avuto la intenzione di uccidere), ma semplicemente per aver dato colpi o arrecato ferite; epperò il testo dell'art. 727, n. 1, non gli sarebbe applicabile (confr. Duranton, t. VI, n. 106; Marcadé su l'art. 727, n. 62; Demante, t. III, n. 35 *bis*, III; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 423; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 243).

232. 7. È uopo forse giugnere sino a sostenere che neppur vi sarebbe luogo alla indegnità, qualora l'erede fosse stato condannato come colpevole di omicidio in persona del defunto. ma di omicidio dalla legge dichiarato scusabile ? (confr. art. 321, 322, 324, 325 C. pen.)

In sostegno dell' affermativa puossi ragionar così:

1° Non alla lettera della legge è uopo attenersi, si bene al suo spirito manifesto ed al suo essenziale pensiero: or, da un lato, l'erede dalla legge dichiarato indegno è quegli che effettivamente è stato condannato quale uccisore del defunto, cioè come colpevole di un reato ed a cui è stata effettivamente inflitta la pena comminata contra gli uccisori: d' altro lato chi uccise il defunto in caso di scusa legale non viene condannato quale uccisore: non soggiace alla pena comminata contra il reato; ed ancorchè, a norma della legge penale, il fatto venga qualificato *omicidio*, essendosi di fatti volontariamente arrecata la morte, il vero si è che viene da essa risguardato qual semplice delitto, e che vi si applica una pena correzionale: dunque la legge civile non ha dovuto volere neppur risguardare quale misfatto un fatto che la stessa legge penale risguarda qual semplice delitto.

2° Altronde in morale ed in equità la differenza non è forse manifesta ? È mai possibile assimigliare l'uccisore ordinario che abbia liberamente e volontariamente ucciso il defunto a quello il quale, dietro minacciante provocazione, o il più grave oltraggio sia stato spinto, trascinato e forse astretto a commettere l'omicidio ? E a cagion di esempio, come mai potrebbesi comprendere che un marito venisse dichiarato indegno della eredità di un collaterale da lui ucciso nel momento stesso in cui lo avesse sorpreso in flagrante reato di adulterio con sua moglie nella casa coniugale ? cotesta soluzione porrebbe la legge in manifesta contraddizione con sè medesima. Come ! quegli stesso, che fosse stato condannato ai lavori forzati perpetui, per aver dato al defunto colpi che gli avessero cagionato la morte senza intenzione di apportargliela, non sarebbe indegno! (*supra*, n. 231). E vorrebbesi dichiarare la indegnità avverso l'erede al certo molto più sventurato che colpevole, il quale abbia tratto il colpo nel colmo del furore(sicuramente legittimo!), che gli toglieva la libertà delle sue azioni, e che la stessa legge *scusa*, applicandogli una semplice pena correzionale! (confr. Chabot e Belost-Jolimont su l'art. 727, n. 7; Duranton, t. VI, n. 95; Poujol su l'art. 727, n. 4; Taulier, t. III, p. 129; Marcadé, art. 727, n. 63; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 424, D., *rac. alfab.* (nuova ediz.), v. *Success.*, t. XLI, p. 194, n. 130).

Tali motivi sono indubitatamente gravissimi: quindi han fatto esitare Delvincourt, il quale, senza accogliere pienamente la conclusione precedente, insegna che in questa ipotesi, *i giudici dovrebbero determinarsi secondo le circostanze e la natura del fatto su cui poggia la scusa* (t. II, p. 25, nota 3).

Ma tale emenda torna impossibile ; avvegnachè il nostro codice ha voluto evitare precisamente in questa materia ogni incertezza ed ogni arbitrio di tal genere. Dilemma : o l'art. 727, 1. comma , non è applicabile all'omicidio dichiarato scusabile ; ed allora il magistrato non può in alcun caso applicarvelo; o per contrario l'articolo medesimo è applicabile; ed allora il magistrato debba pure, in tutti i casi, di necessità applicarlo.

E, a parer nostro, appunto questa seconda parte dell' alternativa è la sola vera , sia secondo il testo della legge , sia secondo la ragione : 1. A norma del testo medesimo dell'art. 727, 1° comma, è iodegno di succedere chi fu coodannato *per* avere ucciso o tentato di uccidere il defunto.

Or l'erede, nella ipotesi in esame , è stato bene e debitamente coodannato *per* avere ucciso il defunto: è certissimo aver egli voluto ucciderlo , ed essere stato condannato *per* averlo ucciso;

Dunque egli trovasi precisamento nei termini dell'art. 727, 1. comma; e' non potrebbesi esimerlo dalla indegnità, senza violazione del testo positivo della legge.

2° Precisamente la volontà di uccidere , da noi qui dimostrata, differenzia tale ipotesi da tutte le altre precedenti , e nelle quali abbiam divisato non esservi luogo ad indegnità (*supra*, n. 239 e seg.). Di fatti la stessa legge penale serba sempre , checchè dicasene, tal differenza; dappoichè , se dichiara *scusabile* il misfatto, se *riduce* la pena (art. 325 C. pen.), lo qualifica sempre misfatto di omicidio; *un misfatto scusabile rimane misfatto*, dice saggiamente Berthauld (*corso di cod. pen.*, p. 387); e di fatti per omicidio , *per* aver ucciso il defunto l'erede viene allora condannato (*ved.* pure , all' obbietto , la legge penale del 1791, 2ª parte, tit. II, sez. I, art. 9, la quale era tuttora vigente in tempo della promulgazione del Cod.; agg. decis. C. di Angers 3 dic. 1849, Ricou, Dev., 1850, II, 290).

3° Ed a noi non pare eccessivo tal rigore : ben comprendiamo come si è creduto dover impedire che la successione giovasse precisamente a colui medesimo che l'avesse aperta, uccidendo volontariamente il defunto, anche quando il *misfatto* fosse stato commesso da lui in circostanze che lo rendessero scusabile. Questa idea è moralissima; ed aveva molto tocco l'animo dei nostri antichi autori , a segno che in quella epoca , in cui le cause d'indegnità erano nondimeno cotanto numerose ed arbitrarie, parecchi giungevano sino a divisare che convenisse escludere dalla successione l'erede il quale, eziandio in caso di legittima difesa, avesse ucciso il defunto ; ed all'obbietto Lebrun scriveva : *puossi dire che , qualunque necessità possa astringere alcuno a versare il sangue dei suoi prossimi parenti, è questa sempre una causa legittima di privarlo della successione* (lib. III, cap. IX, n. 2). Indubitatamente era questa una esagerazione , dalla quale altronde Pothier erasi preservato (*delle Success.*, cap. I, sez. II, § 2); ed il nostro codice seppe del pari schivarla; ma ha conservato di tal pensiero ciò che offre di vero e di morale , e applicandolo al caso in cui l'erede volontariamente abbia ucciso il defunto , ha dispiegato alta saggezza; avvegnachè, essendovi stata volontà, puossi temore che l'esca della successione abbia eccitato l'uccisore a compiere il criminoso pensiero, ed abbia spinto la sua vendetta a quel supremo eccesso cui forse non sarebbe giunto senza tal circostanza, per modo che puossi pur conchiudere su tal caso , con Lebrun, *che sarebbe cattivo esempio e di pericolosa conseguenza lo attribuirgli tal successione* (confr. Lebrun , *loc. supra cit.*, ed eziandio lib. I, cap. VII, n. 35; Merlin, *Rep.*, v. *Indegnità* , n. 2; Favard de Langlade , *Rep.*, v. *Indegnità*, § 3; Malpel, n. 42; Vazeille au l'art. 727 , n. 3; Demante , t. III, n. 35 *bis*, IV; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 106, nota 1; Zachariae , Aubry e Rau, t. IV, p. 169; Massè e Vergè, t. II, p. 243).

233—8. Altronde ciò che è incontrastabile si è che l'ammissione di circostanze attenuanti non impedisce esservi luogo a dichiarare indegno l'erede, quando sia stato di fatti condannato per aver commesso in persona del defunto un omicidio o tentativo di omicidio: le circostanze attenuanti hanno per risultamento il far diminuire la pena mercè una specie d'indulgenza ; ma esse non mutano il carattere del misfatto, nè la causa della condanna (confr. art. 463 C. pen.; Duranton, t. VI, n, 96; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 424; Demante, t. III, n. 35 *bis*, IV,).

234—9. Circa la morte arrecata in duello dall'erede al defunto, è mestieri del seguente dilemma:

O l'erede sarà stato condannato *per* avere ucciso o tentato di uccidere il defunto; dappoichè il combattimento singolare, essendosi riconosciuto sleale, l' omicidio sarebbe stato

qualificato e giudicato come misfatto; ed allora vi sarà luogo ad indegnità;

O per contrario, come avviene quasi sempre, l'erede sarà stato, sia pienamente assolute, sia condannate soltante a pena correzionale, per aver apportato ferite, ec.; ed in tal caso non potrà esser dichiarate indegne (confr. Duranten, t. VI, n. 96; Marcadé, art. 727, n. 64).

235 — B. La secenda cansa d'indegnità censiste nel fatte *di aver formato contro il defunto un'accusa capitale giudicata calunniosa* (art. 727, 2. comma).

Dunque richieggonsi due condizieni:

1° Che siasi fermata centro il defunto un'accusa capitale: la qual cosa constituisce la cansa stessa della indegnità;

2° Che questa accusa siasi giudicata calunniesa: la qual cosa ne constituisce la prueva legale.

236. 1° È uopo, dichiara il testo in esame, che l'erede abbia fermato contro il defunte un *accusa*.

Ma è queste nn vocabolo ad evidenza improprio: nel nestro attuale ordinamente giudiziario nessuna *accusa*, propriamente detta, viene formata dai privati; e la sottoposiziene ad accusa di un prevenuto può risultare soltanto da una decisione della Certe imperiale, la quale, dietro inchieste del pubblico ministero, lo invia alla corte di assise (art. 218, 221, e 231 C. istr. crim., cenf. purc art. 182, onde si accerda l'aziene diretta ai privati unicamente in materia correzienale).

Nulladimene cotesto vecabole, comunque improprio, svela lo essenziale pensiere del legislatere il qnale ha volute che la calunniosa imputazione, per esser causa d'indegnità, si facesse avanti al magistrato incaricato dello esercizie dell'azion pubblica, e quindi abbia avuto direttamente per iscopo di soggettare il defunte a pena capitale.

Dalle quali cose conseguita che questa cansa d'indegnità incontrerassi in tntte le impntazioni aventi tal carattere, ma altresì unicamente nelle medesime.

237. Conseguentemente da un late bisognerà dichiarare indegne l'erede che avrà formate contro del defunte:

1° Una denunzia prepriamente detta, nei termini degli art. 30 e 31 C. istruz. crim.

2° Una querela; dappoichè la qnerela stessa è una denunzia fatta dalla persona, che si pretenda lesa da misfatte (art. 63 e 66 C. istruz. crim.).

3° Ovvero fatto nna falsa testimo[...]
giudizie, in un'accusa capitale dirett[...]
defunto (art. 361 C. pen. conf. D[...]
t. VI, n. 403; Duvergier sopra Toul[...]
n. 409, nota 6; Chabot su l'art. 72[...]
Demante, t. III, n. 35 *bis*, VI).

238. Ma d'altro lato le stesse in[...]
più gravi ed eltraggianti, nen form[...]
dizie mercè denunzia, querela e fals[...]
nianza, non sarebbero causa d'inde[...]
munque fatte per iscritto, e in lno[...]
nioni pubbliche; avvegnachè nen o[...]
re tal condiziene che il legislatere
precisamente richiedere nello ad[...]
vocabole *accusa* (conf. Malleville su
Toullier t. II, num. 109; Durant[...]
n. 403).

239. La legge vuele che l'accusa
(come viene da essa denominata) si[...]

Quale è mai il significate di que[...]
bole?

A nerma d'nna prima opiniene, la
dineterebbe ogni accnsa di natura t[...]
sece pena afflittiva e infamante, ev[...]
plicemente infamante. In queste sens[...]
(molto male a proposito come dimos[...]
la significazione del vocabolo *capit*[...]
Romani; e si soggingne che sarebbe
a tutte le regole delle cenvenienze
della merale pubblica lo ammetter[...]
cessione chi avesse formate avverso
to un accusa di natura tale da farg[...]
il proprio enere: il proprie enere! ([...]
ne per l'uemo eneste più caro e pr[...]
la stessa vita! o che rinviensi in ciò
tive di morale uccisiene, che il legi[...]
devnte assimigliare al vero tentati[...]
cidio! (Conf. Delvincourt, t. II, p.
5, Chabot su l'art. 727, n. 13; Favar[...]
glade, *Rep.*, v. *Indegnità*, n. 6; P[...]
l'art. 727, n. 8).

Cotesta dottrina è, a creder nostr[...]
ria nel tempo stesso, a'termini med[...]
l'art. 727, del pari che alla nevel[...]
del nostro Codice in materia d'ind[...]
avvisiame poter fermare, in conf[...]
questi due elementi d'interpetrazio[...]
vocabole accusa *capitale* debba sem[...]
te dinotare nn'accusa la quale, se s[...]
mostrata, avrebbe potnto far soggia[...]
funto alla pena di morte, e consegu[...]
te aprire la sua successione:

1°. Un' accusa *capitale* è quella
in pericolo la vita, il *capo* stesso, co[...]
la significazione nsuale e popolare

bolo; e tale è stata pure in ogni tempo appo i Romani ed appo noi la sua scientifica significazione. In vero i Romani distinguevano due specie di *judicia: quaedam capitalia, quaedam non capitalia;* e precisamente consideravano come *capitali* soltanto le pene *quae ad capitis periculum pertinent*: tutte le altre, le quali non avessero per risultamento di privare loindividuo della cittadinanza e conseguentemente farlo considerare come *morto*, anche quando fossero perpetue, come la *relegatio in perpetuum*, venivano denominate *non capitales*; e per qual ragione? *quia ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent* (L. 2, ff. *de publ. jud.*; L. 28, Prioc., e § 1, ff. *de poenis*). Nulla di più positivo; e tale è pure il disposto con la legge 103 del Digesto, *de verborum significatione*, la quale, dopo aver supposto che il vocabolo *capitalis* potrebbe offrire un senso più ampio, non ne inferisce meno positivamente che debbe dinotare la perdita della vita o della cittadinanza, cioè in ultima analisi la pena di morte, in conformità della legge civile.

Similmente in tal significazione i nostri antichi autori francesi adoperavano il vocabolo *capitale* in materia di pena (confr. Novello Denizart, v. *Capitale*, n. 7; Ferriere, *Diz. di diritto*, v. *Pena capitale* ; Merlin, *Rep.*, v. *Pena*).

Dietro siffatte tradizioni, torna indubitato esser tale altresì la significazione rannodata a questo vocabolo dall' art. 727.

2°. Debbesi tanto più così affermare, in quanto che la significazione medesima corrisponde, nel modo più esatto, alla novella teorica del Codice Napoleone in questa materia. Di fatti abbiamo già osservato che il nostro Codice ha ammesso, come cause d'indegnità, unicamente i fatti rannodantisi alla stessa apertura della successione (*supra*, n. 219): or questo carattere mancherebbe affatto ne' diversi atti cui la dottrina, da noi oppugnata, vuole attribuire la indegnità: allora non vi sarebbe alcuna specie di relazione fra il torto commesso dall'erede verso il defunto ed il fatto stesso dell'apertura della successione di costui: dunque tal dottrina disconosce lo essenziale pensiero del novello legislatore.

3°. Da ultimo soggiugniamo che essa offrirebbe inoltre, nelle sue applicazioni, manifeste contraddizioni e gravissime inconseguenze. Considerando come causa d'indegnità ogni accusa di un fatto di natura tale da produrre la condanna a pena infamante, ad evidenza dovrebbe attribuire tale effetto a tutte le pene infamanti ed alle sole pene infamanti: or, a norma delle classificazioni adottate dal nostro Codice penale, avvi qualche pena infamante la quale non macchia effettivamente la probità del privato, come, a cagion di esempio, la semplice degradazione civica inflitta ad un funzionario che ecceda i limiti de'suoi poteri; mentre alcune altre non infamanti gravemente disonorano, come la condanna per furto o scrocco. È vero che puossi obbiettare alla dottrina da noi propugnata, e che fermamente crediamo sancita dal nostro Codice, non essere abbastanza severa, ed ammettere alla successione un erede, il quale avesse formato contro il defunto una denunzia di natura tale da farlo condannare alla pena de' lavori forzati. Ben comprendiamo tale obbiezione; e forse di fatti avrebbesi potuto dispiegare maggior severità. Forse il novello sistema, onde si è voluto antivenire il ritorno delle incertezze e dello arbitrio dello antico diritto in tal materia, non ha rimosso il pericolo ordinario di tutte le reazioni, le quali spesso sono, alla volta loro, estreme in senso opposto. Ma almeno questo sistema offre l' alto vantaggio della precisione e della chiarezza.

Conseguentemente conchiudiamo che il vocabolo *capitale* può dinotare unicamente una accusa di natura tale da produrre una pena, la quale avrebbe fatto aprire la successione; e siccome oggidì, dopo aver la legge del 31 maggio 1851 abolito la morte civile, la sola pena di morte naturale produce tale effetto, così ne conseguita che la causa d'indegnità va annessa soltanto ad un'accusa di natura tale da produrre la condanna alla pena di morte (confr. Toullier, t. II, n. 109; Duranton, t. VI, n. 104-106. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 727, osserv. 4; Marcadé, art. 727, n. 67; Malpel, n. 47; Vazeille, art. 727, n. 10; Taulier, t. III, p. 131; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t II, n. 425; Demante. t. III, n. 35 *bis*, VII; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 246; D., *rac. alfab.* (nuova ediz.), v. *Success.*, t. XLI, p. 195, n. 136).

240. — Ben si comprende essere uopo che la denunzia sia stata *calunniosa*; avvegnachè il nostro legislatore riflette che la denunzia vera è un dovere verso la società (art. 30 C. instr. crim.).

Ed è questa una quistione indipendente, che i magistrati, investiti della dimanda, han sempre diritto di risolvere supremamente circa il denunziante o il querelante, in ragione

della sua personale buona fede e di ogni altra circostanza, anche quando l'accusato sia stato assoluto (confr. Merlin, *Rép.*, v. *Riparazione civile*, § 2, n. 3 *bis*; Malpel, n. 47; D., *rac. alf.*, v. *Success.*, p. 274, n. 12.)

241.—2°. Ma la legge ammette come pruova della calunnia la sola sentenza che abbia effettivamente dichiarato calunniosa l'accusa.

Di qual sentenza trattasi qui? È forse necessaria ancora, come nel primo caso d'indegnità, una condanna penale? (*supra*, n. 223).

Potrebbesi pretendere, con qualche efficacia, che la sentenza la quale dichiari calunniosa l'*accusa* può, in tal caso, emettersi dal tribunal civile, investito della dimanda d'indegnità, il quale, con la stessa sentenza onde dichiarasse calunniosa la denunzia dovrebbe conseguentemente dichiarare, a titolo di danni-interessi, la esclusione per causa d'indegnità: da un lato nel n. 2 dell'art. 727 non viene adoperato, come nel n. 1°, il vocabolo *condannato*, sì bene l'altro *giudicato*: or questa ultima condizione può venire adempita mercè sentenza civile del pari che mercè sentenza criminale o correzionale; e quindi la dimanda di rivocazione di donazione, comunque poggiata sopra un reato, potrebbesi formare dagli eredi del donante, che agiscano in linea civile entro i termini stabiliti dalla legge: d'altro lato, se il fatto di calunnia debbasi necessariamente assodare mercè condanna penale, si dovrà altamente temere che il calunniatore si sottragga spessissimo a tal causa d'indegnità, per effetto della brevità de' termini in cui, sotto pena di venir dichiarata irricettibile la sua dimanda, il *calunniato* debba agire. Di fatti, qualora, per effetto della denunzia o della querela, il *de cujus* sia stato sottoposto ad accusa, dovrà, sotto pena di decadenza, formare la sua dimanda prima di pronunziarsi la sentenza, se sia giunto a sua conoscenza il denunziante, o prima di terminare la sessione, se l'abbia conosciuto dopo emessa la sentenza; e se l'abbia conosciuto dopo la chiusura della sessione, godrà, per formare la sua querela, un triennio a computare dal dì del reato, sia che ne abbia o non ne abbia conosciuto l'autore; ed avverrà lo stesso, qualora non vi fosse stata sottoposizione ad accusa (art. 358, 359 e 638 C. instr. crim. 278, 279, 617, e 373 C. pen. — 186; confr. Demante, t. III, n. 35 *bis*, VIII).

Non pertanto avvisiamo che la denunzia debba essere stata dichiarata calunniosa con condanna penale pronunziata dalla corte di assise o dal magistrato di polizia correzionale:

1°. E primieramente, circa il testo medesimo dell'art. 727, ci pare indubitato che il vocabolo *giudicato*, adoperato nell'art. 2, esprime la stessa idea del vocabolo *condannato* adoperato nel n. 1: è questa la conseguenza del sistema medesimo, a norma di cui il legislatore ha voluto che una solenne discussione, promossa avverso l'erede accusato o prevenuto, avesse comprovato, avanti al magistrato competente all'uopo, il reato constituente la causa d'indegnità. È ben vero che l'art. 359 C. istr. crim. dichiara che se l'accusato abbia avuto conoscenza del denunziante sol dopo finita la sessione, *la sua dimanda* (di danni-interessi) *verrà sottoposta al tribunal civile*. E conseguentemente si è insegnato che la sentenza, la quale, a norma del n. 2 dell'art. 727, debbe dichiarare *l'accusa calunniosa*, può emettersi dal tribunal civile (Duranton, t. VI, n. 107); ma non opiniamo avvenir così; e, a parer nostro, soltanto la Corte di assise o il tribunal correzionale può emettere tal sentenza; dappoichè è uopo non solo che l'accusa siasi dichiarata calunniosa in linea civile, ma che la pena siasi pronunziata contro il calunniatore. Sotto questo rapporto, l'art. 359 C. istr. crim. è, fa mestieri convenirne, conceputo in termini troppo restrittivi: forse potrebbe venire spiegato, affermando trattarsi della *dimanda di danni-interessi* formata contra il denunziante; ma ci sembra meglio fondato lo ammettere che tal disposizione provenga dal perchè, nel tempo in cui l'art. 359 C. istr. crim. venne compilato, l'art. 373 C. pen., il quale dichiara competenti in tal caso i tribunali correzionali, non ancora esisteva, e neppure eravi alcuna disposizione simigliante nell'antica legislazione allora vigente. Ma oggidì, in conformità dell'art. 373 C. pen., e di tutti i principî regolatori delle giurisdizioni criminali, avvisiamo che la denunzia dovrebbesi *giudicare calunniosa*, sia dalla corte di assise, se venisse utilmente adita prima della sentenza o prima di terminare la sessione, sia, in caso opposto, da' tribunali correzionali.

2°. Altronde riesce su l'animo nostro di lievissimo peso la obbiezione poter avvenire che l'erede calunniatore spesso si sottragga alla esclusione per tal causa d'indegnità, atteso il breve termine in cui il *calunniato* dovrà agire sotto pena di decadenza; dappoichè, se il calunniato tradotto in giudizio abbia conosciuto il denunziante prima della sentenza o prima di terminare la sessione, trovasi così positivamente constituito in mora di querelarsi; e se

non abbia ciò praticato in quel momento stesso, in cui il giudizio penale, ingiustamente mossogli dalla calunnia, agitavasi, è da credere non averlo voluto (*infra*, n. 243). È ben vero che la obbiezione tornerebbe di maggiore efficacia, se il *de cujus* non avesse conosciuto il denunziante prima di finir la sessione, o se non vi fosse stata sottoposizione ad accusa; avvegnachè, trascorso il triennio dal dì del reato, ogni azione si troverebbe prescritta (art. 638 C. istr. crim.); ma al postutto, tale è lo effetto generale della prescrizione la quale, ad onta de' suoi inconvenienti, merita sempre rispetto per incontrastabili vantaggi (confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 109, nota 6; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 426, nota 2; Chabot su l'art. 727, n. 14; Malpel, n. 48; Aubry e Rau, sopra Zachariae, t. IV, p. 170).

242.—Precisamente dietro la dimanda dell'accusato, la corte di assise, adita prima della decisione o prima di chiudere la sessione, debbe statuire sul fatto di calunnia.

E se l' accusato abbia conosciuto il denunziante sol dopo chiusa la sessione, del pari che se non vi sia stata sottoposizione ad accusa, eziandio dietro la dimanda del denunziato il tribunal correzionale dovrà in generale venire adito.

Ma la denunzia potrebbe forse esser giudicata calunniosa, sia dietro la dimanda degli eredi della persona calunniosamente denunziata, sia di ufizio dietro i procedimenti del pubblico ministero?

A. Dietro dimanda degli eredi?

No, rispondono Ducaurroy, Bonnier, e Roustaing; avvegnachè il diritto di querelarsi di una calunnia appartiene alla persona che ne fu vittima; e non si trasmette a' proprî eredi (t. III. n. 426).

Si, secondo Taulier, quando la persona calunniata sia morta entro il termine della prescrizione; dappoichè allora i suoi eredi, i quali succedono in tutti i suoi diritti, potranno agire contro il colpevole e poscia prevalersi della condanna avverso di lui pronunziata, per farlo dichiarare indegno (t. III, p. 132). E di fatti crederemmo, per tal motivo, appartener l'azione eziandio agli eredi della persona calunniosamente denunziata (arg. dall'art. 957).

B. Neppure ravvisiamo per qual ragione la indegnità non verrebbe incorsa, qualora dietro inchieste di ufizio del pubblico ministero l'erede fosse stato condannato, come, per esempio, per aver fatto una falsa testimonianza contro il defunto, e senza nè anche intervenire costui (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 171).

243. — Questa causa d' indegnità potrebbe forse venir cancellata col perdono, che il defunto avesse accordato al denunziante?

Per regola generale no! Nessuna causa di indegnità, quando siasene legalmente conseguita la pruova, può venir cancellata mercè perdono dell' offeso: noi ne adducemmo testè le ragioni (n. 226).

È ben vero che colui avverso il quale siasi formata *un' accusa calunniosa* può non instituire azione avverso il denunziante, e così tacitamente accordargli il perdono, lasciando compiere la prescrizione (*supra*, n. 241). Ma, in questo medesimo caso, non è ben fondato il sostenere che il perdono cancella la causa della indegnità ; dappoichè precisamente tal causa non essendo allora mai sussistita per legge, non potrebbesi pretendere essersi cancellata (confr. Toullier e Duvergier, t. II, n. 109, nota *c* ; Duranton, t. VI, n. 109; Chabot su l' art. 727, n. 15; Malpel, n. 62; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 244.)

244. — C. Da ultimo l' art. 727, 3°., dichiara indegno « l'erede in età maggiore che, « informato dell' omicidio del defunto, non lo « avrà denunciato alla giustizia. »

I Romani privavano della successione, *ut indigno*, l' erede che non avesse vendicato la morte del defunto, accusando l'uccisore, *si in ulciscenda morte defuncti cessaverunt* (l. 15, § 2, ff. *de senatus. silaniano*).

I nostri antichi giureconsulti francesi avevan pure ammesso tal causa d' indegnità; ed al motivo addotto in Roma che l' erede non aveva adempito al dovere di parentela, *propter debitum pietatis officium* (l. 1, Cod. *de his quibus ut indig.*), aggiugnevano *che nulla evvi più capace di arrestare il furore di un omicida del timore della vendetta de' figli o degli altri eredi, che egli prevede indispensabilmente obbligati ad agire contro di lui* (Lebrun, lib. III, cap. IX, n. 5 ; agg. Rousseau de La Combe, v. *Indegnità*, n. 4). Non pertanto Pothier esitava a credere che tal causa d' indegnità dovesse ammettersi in Francia, per la ragione che già, in quel tempo, e *secondo le usanze*, come egli si esprime, la cura della vendetta del defunto trovasi affidata al pubblico ministero anzichè agli eredi (*delle Success.* cap. I, sez. II, § 2).

Oggidì cotesto motivo è di massima evidenza: ciò che le sole usanze avevano introdotto

nell' epoca in cui viveva Pothier constitnisce la legge fondamentale del nostro giudiziario nrdinamentn (art. 4 C. istr. crim.; *supra*, n. 236); e non pertanto il nostro Codice ha conservato, sottn alcuni riguardi, tal causa di indegnità: esso non ha imposto all'erede l'obbligo, come dicevasi un tempo, di agire per *la vendetta* della uccisione del defunto ; ma ha scorto, nel silenzio dell'erede, una indifferenza colpevole a segno da constituiro,se non una specie di morale complicità,almeno un imperdonabile oltraggio alla memoria del defuntn; e non ha volutn che questo erede cavasse profitto da una successione aperta mercè un misfatto, alla cui impunità avesse influito o potuto influire col suo silenzio. Precisamente sotto tal punto di veduta rannodasi altresì questa causa d'indegnità, comunque meno direttamento delle due altre, al fatto stesso dell'apertura della successione (*supra*, n. 219).

245. — L' art. 727 obbliga l' erede a *denunciare* (e qui il vocabolo è propriissimo, art. 30 C. istr. crim.—26) l'*omicidio*, il fattn stesso della uccisione e non l'uccisore. Di fatti può non conoscerln, ed avero sospetti più o meno vaghi, indicazinni più n meno incerte: ed anche quando avesse gravissime raginni di esser convinto della colpabilità di colui cho ne credesse l'antnre, può temere le conseguenze di una querela n di una denunzia, le dimande di danni-interessi, so le processure da lui promosse non menassero a condanna, ed in ogni caso i risentimenti e le vendette del dennnziato o de' suni prossimi parenti. È ben vero che un tempo, precisamente *perchè il timore de' danni-interessi poteva*, diceva Lebrun, *osteggiare talvolta le processure dell'erede*, distinguevasi, per la valutazione de' danni-interessi, in queste circostanze, l'accusa volontaria dal *dovere necessario dell' erede* (lib. III, cap. IX, n. 5; confr. l. II, C., *de calumniatoribus*); ma il nostro Codice neppure si è fermato a questn temperamento ; e con somma ragione, a parer nostro, per togliere ngni scusa alla inazione ed alla trascuraggino dell'erede, lo astringe semplicemente a denunziare l'omicidio. Quindi tal disposizinne va immune da ogni inconveniente; dappoichè l'erede potrà venir citatn come testimnne nel giudizio penale, ed allora dovrà somministrare, sotto il suggello del giuramento,e senza andare esposto a veruna dimanda di danni-interessi, nvo obbedisca con lealtà agli ordini del magistrato, tutti gl'indizî,che potranno illuminarln intorno al fatto dell' omicidio ed alla persona dell' uccisore (confr. Chabot, su l' art. 727, n. 16; Malpel, n. 62; Duranton, t. VI, n. 111; Ducaurroy, Bonnier o Roustaing, t. II, n. 428; Marcadé, art. 727, n. 70).

246. — È manifesto neppure esser l'erede tenuto a costituirsi parte civile; dappoichè l'articolo in esame gl'impone, giova ripeterlo, soltanto di *denunziare l' omicidio*.

247. — L' erede dovrebbe forse, sotto pena di soggiacere alla indegnità, denunziare l'omicidio commesso in persona del defunto, se qnesto omicidio non fosse stato volontarin, per esempio, se fosse stato commesso per imprudenza, o se colui che ne è l'autore, si trovasse in qualche caso di legittima difesa?

L' articolo in esame dichiara l' erede indegno sol quando nnn abbia denunziato l' *omicidio* del defuntn : or la uccisinne commessa nelle due circostanze testè indicate nnn costituisce nmicidio: dunque l' art. 727 non è applicabile (cnnfr. art. 295, 319, 327, 328 C. pen.—375, 372 *o* 373; Lebrnn, lib. III, cap. IX, n. 6; Merlin, *Rep.* v. *Indegnità*, n. 4).

Nulladimeno più sicnro partito, da parte dell' erede, sarebbe il far conoscere all' autorità pubblica tali circostanze di morte violenta del defuntn.

Ed il fin qui detto dimostra pure che sarebbe tenutn, sotto pena d'indegnità di denunziare l'nmicidio cnmmesso in persona del defunto, anche qnando l'omicidio medesimo potrebbesi dichiarare scnsabile (art. 321). seg. C. pen. — 377) ; dappoichè abbiamn innanzi osservato che la scusa non impedisce esservi statn *omicidio* (n. 232).

248.—Che mai converrebbe statuire, qualora l'erede presuntivo , conoscendo il micidiale disegno del delinquente, *qui cognoverat tantum*, ln avesse lasciato eseguire, senza nulladimenn commettere alcun atto di complicità legale ? (conf. art. 60 , 61 C. pen. — 74; l. II, ff. *de lege Pompeia de Parricidiis*).

Se poscia non avesse denunziato l' omicidio eseguito, noi avviseremmo doverglisi applicare l'articolo 727, 3° comma.

Ma snppongasi aver avuto la infame ipocrisia di denunziarlo, ed esser dimnstrato aver avnto conoscenza del progettn di uccisinne e nulla aver praticato per impedirlo!

Lebrun suppone una specie pressappoco simigliante ; ed insegna far mestieri dichiarare indegno » non soln chi abbia attentato alla persona del defunto , ma eziandio chi per non aver rivelato il disegno del delin-

quente sia cagione della sua morte, comunque indirettamente. » (lib. III. Cap. IX, n.4).

Di fatti sarebbe tristo ed immorale spettacolo il serbare la successione a simigliante erede!

Non per tanto non potrebbesi negare non trovarci allora precisamente nel caso del n. I. dell'articolo 727, non essendo stato l'erede condannato per aver ucciso o tentato di uccidere il defunto, nè nel n. 2, per aver denunziato (così supponiamo) l'omicidio una volta commesso. È vero che pretendesi aver lasciato commettere l' omicidio medesimo; ma la pruova della cognizione del disegno di delinquere e della volontà, nel suo autore, di menare ad effetto tal disegno, non tornerà forse sempre difficilissima a conseguire con certezza?

249. « L'erede non debba agire contro colui al quale il defunto ha accordato perdono. » Tanto trovavasi statuito per dritto romano e per nostro antico diritto francese (conf. l. 2, ff. *de senat. silaniano*; Lebrun, lib. III, Cap. IX, n. 6; Merlin, *Rep.*, v. *Indegnità*, n. 4).

È forse uopo statuire oggidì, in simigliante caso, che l'erede non fosse tenuto denunziare l' omicidio?

Per l'affermativa puossi sostenere che allora non evvi colpa da parte dello erede, segnatamente se il suo autore, perdonando, gli abbia espressamente inibito di denunziare l'omicidio: non sarebbe forse duro il dichiarare indegno l'erede il quale avesse creduto dovere ed onor suo di rispettare quest'ultima volontà del moribondo!

Non per tanto è uopo confessare che le espressioni generali onde trovasi conceputo il testo in esame non ammette tale eccezione nè tale scusa.

Molto meno bisognerebbe eccettuare come praticavasi eziandio un tempo, il caso in cui l'erede potesse credere che il defunto, il quale non abbia personalmente perdonato, avesse transatto col delinquente, se fosse sopravvissuto.

250. Relativamente alla conoscenza che l'erede avesse avuta dell'omicidio del defunto, è questo un fatto il quale può essere, per altro, dimostrato con tutt'i generi di pruova; ed appartiene al magistrato statuire, secondo le circostanze, se ne sia stato o pure no informato (conf. Chabot, su l'art. 727, n. 18).

251. La legge non ha prefisso il termine, in cui l'erede informato dell'omicidio del defunto, dovesse denunziarlo alla giustizia; e quindi è questa pure una quistione di fatto, su cui il magistrato debba sentenziare, a norma delle circostanze.

Il codice delle Due Sicilie (art. 648, 5° comma) richiede che l'erede denunzii la uccisione entro sei mesi dal giorno della scienza.

Appo noi è questo, nel silenzio del Codice, un punto di fatto.

Vi è stato forse, da parte dell'erede, un indugio volontario e senza scusa, e conseguentemente quella colpevole trascuraggine costituente la indegnità? ecco ciò che è uopo indagare.

Di fatti da un lato è manifesto che l'erede, il quale avesse per troppo lungo tempo serbato silenzio, non potrà sempre rimuovere la indegnità con la denunzia anche più tardiva; diversamente questa causa d'indegnità tornerebbe affatto illusoria.

Ma, d'altro lato, non pertanto è uopo altresì aver riguardo alle circostanze in cui ha potuto trovarsi, alla sua lontananza forse nel momento del reato, ad una grave malattia, che lo rattenesse a letto in quella epoca, o alla circostanza ancora che il defunto fosse stato ucciso in luogo lontano dalla sua casa, durante un viaggio, ovvero, come un tempo osservavasi, che l'omicidio fosse stato occulto o pubblico, *vel clandestinis insidiis... vel vi aperta* (L. 9, Codice *de his quib. ut indig.*, Merlin *Rep.* v. *Indegnità*, n. 4).

Ciò che puossi affermare per regola generale, si è essere ad evidenza voto della legge che questa denunzia si faccia dall'erede al più presto possibile.

Massé e Vergé (t. II, p. 244), osservano ancora, con moltissimo fondamento, che la denunzia dell'omicidio fatta prima della morte del defunto dovrebbe sempre considerarsi aver avuto luogo in tempo utile.

252. Un tempo statuivasi che l' erede dovesse vendicare l'omicidio del defunto innanzi di adire la eredità, e che *il più lieve atto di erede* (almeno quando il reato fosse stato pubblico), *bastava per fargli incorrere la indegnità* (Merlin, *loc. supra cit.*; agg. Lebrun, lib. III, cap. IX, n. 5).

Il nostro Codice neppure contiene alcuna disposizione su tal punto; e sarà pur questo uno degli elementi di fatto da prendere in considerazione su la quistione se l'erede abbia commesso o pur no una colpevole negligenza. Il solo fatto di essersi immischiato nei beni ereditari non basterebbe, a creder no-

stro, in generale, ancorchè tal fatto costituisse un accettazione, tacita o espressa, a renderlo indegno, qualora altronde non avesse dappoi indugiato a far la denunzia: con maggior ragione dovrebbesi così affermare de' semplici atti conservatori da lui fatti prima di denunziare la uccisione (art.779, 796— 696, 713; conf. Duranton, t. VI, n. 115).

Ma il più convenevole ed eziandio il più sicuro partito, per l'erede, si è astenersi dal toccare i beni ereditari, finchè non abbia adempito al dovere medesimo.

253. Altronde l'erede non dovrebbe essere necessariamente dichiarato in ritardo per l'unica circostanza di essere stato prevenuto:

Sia mercè i procedimenti di uffizio del pubblico ministero, informato della uccisione dal pubblico clamore o dai suoi agenti (il Codice delle Due Sicilie esime anche l'erede da tal denunzia, quando il pubblico ministero abbia agito di ufizio, art. 648, 3° com.);

Sia mercè la denunzia, che i suoi coeredi o parenti di grado più remoto gli avessero sottoposta.

La legge non rannoda a tal fatto veruna decadenza; ed è manifesto non conseguitarne di fatti necessariamente aver l'erede commesso una negligenza: non bisogna, soprattutto quando trattasi degli altri coeredi e dei parenti di grado susseguente, che ciò divenga rimunerazione della fretta: l'eccesso di sollecitudine, in simigliante circostanza, non sarebbe forse, sotto determinato punto di veduta, men riprovevole della negligenza; avvegnachè potrebbe disvelare molto meno la cura della memoria del defunto che un indomito sentimento di cupidigia! (conf. Lebrun, lib. III, cap. IX. n. 5; Duranton t. VI, n. 113).

254. Puossi pur dimandare, in tal caso, se l'erede vada immune dal denunziare la uccisione, quando la uccisione medesima sia già nota alla giustizia, sia mercè i procedimenti di uffizio del pubblico ministero, sia mercè altra denunzia.

L'affermativa sembra ragionevole, quando di fatti sia indubitato essere la uccisione nota alla giustizia, nel caso, per esempio, in cui il delinquente sia stato pubblicamente arrestato in flagranza del reato! E quando la legge richiede che l'erede *denunzii* l'omicidio alla giustizia, non presuppone forse di necessità trattarsi d'informarnela, ignorandolo? (Conf. Duronton, t. VI. n. 112).

Nulladimeno sarà sempre somma prudenza, da parte dell'erede, di appagare il voto dell'articolo in esame denunziando la uccisione.

255. Altronde al solo *erede* l'art. 727 impone il dovere della denunzia.

Conseguentemente ogni altro parente del defunto, qualora non sia erede, non è tenuto legalmente di denunziare la uccisione, e questo dovere può cominciare, pel parente più remoto, dal giorno in cui, mercè la rinunzia del parente più prossimo, esso medesimo si trovasse chiamato a giovarsi della successione aperta dalla uccisione medesima (conf. Merlin, Rep. v. *Indegnità* n. 4).

256. È uopo altresì, per incorrersi la indegnità per mancanza di denunzia, che l'erede sia di *maggiore età*.

Da un lato il minore può non avere ancora il discernimento necessario a comprendere il carattere e l'ampiezza dei doveri che la parentela e la legge ci impongono: dunque non avvi colpa nè negligenza da parte sua, soprattutto se sia ancora fanciullo; e vi sarebbe stata più che durezza a renderlo, in simil caso, risponsabile, come taluni pretendevano un tempo della mancanza di denunzia imputabile al tutore (conf. Merlin, *Rep. v. Indegnità*, n. 4).

D'altro lato, non si è creduto che il minore, incapace di alienare, eziandio con gli atti più positivi, una parte qualsivoglia del suo patrimonio, dovesse potere spogliarsi di una intera eredità per un fatto, il cui carattere, nella sua persona, poteva tornare sì poco certo.

257. Comunque il testo della legge faccia menzione della sola persona di età *maggiore*, la essenziale ragione della legge medesima impone applicarsi del pari:

Sia allo interdetto (ved. l'art. 509 — 432).

Sia allo individuo non interdetto, recluso in uno stabilimento pubblico o privato di pazzi (legge del 25 giugno 1838);

Sia all'erede, il quale non si trovasse in alcuna di queste due condizioni, se altronde lo stato delle sue facoltà mentali ad evidenza escludesse ogni idea di colpa e di negligenza (conf. Taulier, t. III, p. 137; Demante t. III, n. 35 bis, IX).

258. La indigenza e rusticità dell'erede erano, vigenti il nostro antico dritto, una causa di scusa; dappoichè in quella epoca facevа mestieri agire per la vendetta del defunto, e conseguentemente erogare spese giudiziali (conf. Lebrun lib. III, cap. IX n. 5; Merlin, *Rep. v. Indegnità*, 4)

Ma oggidì che l'erede è tenuto unicamente

di denunziare la uccisione, non evvi più motivo di poternelo esimere la sua indignenza.

259. L'erede, minore o interdetto, in tempo dell'apertura della successione, è forse tenuto sotto pena d'indegnità, di denunziare la uccisione del defunto, quando sia divenuto di età maggiore o sia stato rilevato dalla sua interdizione, sia che siane stato informato nel momento della morte, sia che ne abbia avuto conoscenza dopo divenuto di età maggiore o dopo rimossa la sua interdizione?

La negativa viene insegnata da più giureconsulti.

L'art. 727, dicesi, determina alcune cause d'indegnità e di esclusione, non già di decadenza; epperò suppone che la causa esista nel momento della morte, ed impedisca all'erede conseguire la eredità validamente ed irrevocabilmente: dunque, se nel momento della morte la causa d'indegnità non esistesse già in persona dell'erede, questo erede trovasi regolarmente investito della eredità; ed una causa posteriore non gli potrebbe togliere un diritto fin da quella epoca irrevocabilmente acquistato da lui. Si aggiunge esser già grave rigore il dichiarare la indegnità per una semplice mancanza di denunzia, e le interpetrazioni non dover cercare di estendere una semplice pena (conf. Poujol, art. 727, n. 11; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 244; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 429).

Cotesta dottrina non ci sembra fondata sul testo, nè su lo essenziale motivo della legge:

1° Il testo dell'art. 727, 3° comma, nulla racchiude che supponga di necessità nel momento stesso dell'apertura della successione l'erede aver dovuto essere informato dell'omicidio del defunto. Tutto l'opposto! Dichiarando che l'erede è indegno di succedere, e come tale *escluso dalla successione*, suppone che abbia potuto conseguirla, e che gli venga tolta; e ben presto ravviseremo che di fatti la indegnità va precisamente risguardata qual causa di *decadenza*.

2° Se la dottrina da noi oppugnata fosse ben fondata, converrebbe applicarla eziandio all'erede di età maggiore nel momento dell'apertura della successione, e divisare che se in quel tempo l'erede ignorasse la uccisione del defunto, non diverrebbe indegno per mancanza di denunzia, anche quando ne fosse stato informato posteriormente, in una epoca qualsivoglia, lontana o prossima! ciò sarebbe inevitabile: quindi Massé e Vergé (*loc. supra cit.*) insegnano positivamente così. Ma tal necessaria conseguenza del loro sistema ne costituisce, a parer nostro, la indubitata riprovazione; avvegnachè non solo nulla scorgesi nel testo che la permetta; ma è manifesto che se intendesi così l'art. 727 n. 3, la causa di indegnità da esso stabilita diverrà per lo più illusoria; dappoichè nel momento stesso della morte l'erede viene investito dei beni ereditari (art. 724 — 645); e quante volte la uccisione del defunto siasi commessa in determinata distanza dal luogo in cui trovavasi l'erede o quando il reato sarà stato segreto, *veneno, vel clandestinis insidiis II*, 9 (Cod. *de his quib. ut indig.*), non sarebbe tenuto a denunziarlo, qualora non l'abbia immediatamente ed istantaneamente conosciuto, anche quando ne fosse informato nel dì seguente all'apertura della successione; val dire sarebbe effettivamente tenuto di denunziarlo nel solo caso più raro in cui ne fosse stato testimone!

3° Altronde lo essenziale motivo della legge al pari del suo testo osteggia ogni distinzione di tal genere. Di fatti quale è mai la causa di tale indegnità? è la colpevole non curanza dell'erede il quale serba, senza nulla dire, quella successione cui conosce che un reato impunito ha fatto aprire: or tale non curanza è del pari colpevole ed ingiuriosa pel defunto in entrambi i casi! (Conf. Chabot su l'art. 727, n. 17; Duranton, t. VI, n. 112; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 171; Marcadè, art. 727, n. 70; Demante, t. III, 35 *bis*, 9; Taulier, t. III, p. 133).

260. — Il legislatore non avrebbe potuto, senza ferire i più sacri sentimenti della natura, astringere l'erede a denunziare le persone a lui legate con alcuni vincoli di parentela o affinità.

Questa eccezione ebbe luogo in tutt'i tempi (conf. l. 13 e 17 C. *de his qui accus. non poss.* Lebrun, lib. III, cap. IX, n. 6).

E l'art. 728 — 649 la riforma nel seguente modo:

« La mancanza della denuncia non può essere opposta agli ascendenti e discendenti « dell' uccisore, nè a suoi affini nello stesso « grado, nè al suo conjuge, nè suoi fratelli o « sorelle, zii, zie o nipoti. »

261. Il manifesto intendimento del legislatore è al certo lo applicare, sotto ogni rapporto, agli affini la stessa esenzione, che esso applica ai parenti in linea retta ed in linea collaterale.

È ben vero che la espressione *nè ai suoi*

affini nello stesso grado, come rinviensi adoperato nell'art. 728, non esprime correttamente il suo pensiero; ma lo storico esplicamento di questa compilazione non lascia altronde luogo a dubbio.

L'articolo del progetto, tal quale erasi adottato in Consiglio di Stato, trovavasi così concepito.

« La mancanza di denunzia non può venire « opposta agli ascendenti e discendenti del- « l'uccisore, nè a suoi affini in linea retta, nè « al marito o alla moglie, nè ai fratelli e so- « relle, nè agli zii e zie, nè ai nipoti ed allo « nipoti. » (*V.* Fenet, t. XII, p. 44).

Secondo questa compilazione, la mancanza di denunzia, la quale non poteva venire opposta agli affini in linea retta, avrebbe potuto opporsi agli affini in linea collaterale dell'uccisore, al cognato ed alla cognata, ec.

Dietro questa compilazione il Tribunato divisò esservi luogo ad estendere agli affini in linea collaterale la esenzione che il progetto attribuiva ai soli affini in linea retta; ed all'uopo propose: 1° toglier via la espressione *nè ai suoi affini in linea retta*; 2° di porre in fine dello articolo la espressione *nè ai suoi affini nello stesso grado* (*ved.* Fenet, t. XII, p. 97).

Vonne ammessa tal proposta: conseguentemente alla espressione *affini in linea retta* fu surrogata l'altra *affini nello stesso grado*, e manifestamente per mera inavvertenza tal frase, invece di porsi infine dell'articolo come chiedeva il Tribunato, è rimasta nel luogo in cui trovavasi dapprima la frase modificata; dappoichè, in questo luogo, la formola tornerebbe pienamente inesatta, se si volesse unicamente riferire agli ascendenti e discendenti, riguardo a cui l'art. 728 non ha limitato i *gradi*.

262. — A credere di Toullier, la esenzione dalla denunzia si applicherebbe agli affini dell'uccisore soltanto nel caso in cui questi ultimi fossero stati instituiti eredi (t. II, n. 3, nota 4).

Ma Duvergier (*loc. cit.*) osserva con sommo fondamento che l'art. 728 regola le sole successioni legittime, epperò la espressione *affini nello stesso grado* si applica alle persone nel tempo stesso eredi della vittima od affini dell' uccisore. Relativamente alle successioni testamentarie, lo instituito può esserne privato mercè l'azione di rivocazione (art. 1046-1047—1001-1002).

Ciò è incontrastabile.

263. Altronde basta, affinchè l'erede goda del beneficio conceduto dall'articolo 728, che il parente o affine, nella linea e nel grado determinati con questo articolo, sia complice dell'omicidio, anche quando non ne fosse lo autore (conf. art. 59 C. pen. — 74; e *supra* n. 221).

264. Ed anche quando altresì il parente o l'affine dell'erede non fosse effettivamente autore nè complice della uccisione del defunto, basterebbe, affinchè l'art. 728 fosse applicabile, che lo erede medesimo avesse creduto di buona fede alla sua colpabilità: se il suo silenzio non avesse avuto effettivamente altra causa che il timore di soggettare il parente o l'affine ai procedimenti della giustizia, non dovrebbe incorrere la indegnità della legge inflitta alla sola non curanza colpevole (conf. Marcadé art. 728, n. 72).

265. L'art. 728, tornerà facilmente applicabile, e l'erede godrà efficacemente della esenzione concedutagli dall'articolo medesimo, quando l'uccisore sarà noto nel momento in cui la dimanda d'indegnità verrà formata contro di lui per mancanza di denunzia. Allora dovrebbe semplicemente somministrar la pruova dei vincoli che l'uniscono all'uccisore.

Avverrà pure così, eziandio nel caso in cui l'uccisore fosse ignoto nel momento della dimanda d'indegnità, qualora, in quel momento, l'uccisore trovasi morto o l'azion pubblica prescritta. Ed ancora, in questa ultima ipotesi, l'erede sarà obbligato per non incorrere la esclusione, di rivelare il nome del delinquente, ignoto, e così oltraggiare la memoria del parente prossimo, se sia morto, ovvero egli medesimo disonorarlo se l'azione trovisi semplicemente prescritta; ma almeno questa rivelazione non potrà più avere per risultamento di soggettarlo ai procedimenti della giustizia; e l'erede, benchè non abbia denunziato l'omicidio, conserverà la eredità per applicazione dell'art. 728.

266. Ma supponiamo per contrario che nel momento in cui la dimanda di dichiarazione d'indegnità venga formata contro l'erede per mancanza di denunzia, l'omicidio sia noto, rimanendo altronde ignoto l'uccisore, e l'azione pubblica non trovasi ancora estinta per la morte del delinquente, nè mercè la prescrizione.

Allora crudele sarebbe la perplessità dell'erede! ed è mestieri confessare che l'art. 728, contiene una esenzione, la cui applicazione torna qui impossibile.

Di fatti l'erede medesimo potrebbe schivare la indegnità per mancanza di denunzia solo invocando l'art. 728, il quale lo esonera dal denunziare semplicemente l'omicidio, essendo l'uccisore suo parente o affine: or, precisamente, potrebbe dimostrare essergli applicabile tale esenzione, solo denunziando lo stesso uccisore, val dire il proprio parente o affine!

Inevitabile è l'alternativa; e bisognerà necessariamente che l'erede prescelga fra il dovere della pietà, il quale gl'inibisce di soggettare uno de'suoi prossimi parenti alle processure della giustizia, e la successione, da cui può venire escluso, se adempia al dovere medesimo; escluso, come se esso medesimo avesse commesso una colpa grave verso la memoria del defunto, mentre egli avrà adempito ad un atto di attaccamento e di abnegazione.

È ben vero che puossi affermare che tale ipotesi sarà rarissima, pel motivo « che la sola discussione in contraddizione con l'uccisore, così necessariamente rivelato, può imprimere all'omicidio commesso il carattere di uccisione. » (Demante, t. III, n. 36 *bis*, 11).

Ma nulladimeno tal situazione è ben lungi dal riuscire impossibile; e potrebbe avverarsi in due casi:

1.° Se l'omicidio essendosi commesso da più individui, ed uno degli autori essendo stato condannato, l'altro coautore o complice, il quale fosse precisamente il parente o l'affine dell'erede, fosse rimasto ignoto;

2.° A prescindere anche da ogni condanna, se fosse dimostrato mercè una istruzione giudiziale che il *de cujus* sia perito vittima di un omicidio, comunque l'autore ne fosse ignoto. Di fatti la legge non pare richiedere qui che l'uccisore sia stato condannato; ed ammettendo che tal condanna formerà in generale la migliore e più salda pruova della uccisione del defunto, non avvisiamo che in diritto sia l'unica che possa somministrarsene.

267. — Ebbene adunque! supponiamo che l'erede, uomo di onore, abbia anteposto il dover suo al proprio interesse, e che siasi lasciato escludere.

Questa esclusione sarà dunque sempre diffinitiva ed irreparabile?

Sì indubitatamente, se l'uccisore continui sempre a rimanere ignoto.

Ma, scoperto dappoi, si viene a scorgere che l'erede, dichiarato indegno per mancanza di denunzia, andava, a norma dell'art. 728, atteso i legami che lo uniscono all'uccisore medesimo, esente dal denunziare la uccisione.

Allora potrà forse chiedere la eredità?

L'affermativa sarà indubitata, se il giudicato onde venne escluso possa tuttora venire impugnato, sia con uno de'gravami ordinari, la opposizione o l'appello; sia con uno de'gravami straordinari, il ricorso per cassazione o per ritrattazione; ed è certo che, a prescindere dai motivi di ricorso per ritrattazione, rannodantesi alla procedura, bisognerebbe considerare come *dolo personale*, e conseguentemente come causa di ricorso per ritrattazione (art. 480, 1. comma C. pr. — 544) la condotta di coloro che avessero fatto dichiarare la indegnità avverso l'erede per mancanza di denunzia, se conoscevano la esistenza della sua scusa.

Ma, se il giudicato onde venne dichiarata la esclusione abbia acquistato forza di cosa giudicata, e non possa venir cassato nè ritrattato in alcun modo, il vero si è che la stessa esclusione sarà legalmente irreparabile. Dobbiamo forse aggiugnere nondimeno che coloro i quali avessero così conseguito la successione in suo detrimento, non potrebbero moralmente, senza slealtà e senza disonore, esimersi dal restituirgliela! (Art. 1351—1305; confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 112, nota *a*; Marcadè, art. 728, n. 71; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 430; Demante, t. III, n. 36 *bis*, 3; Taulier, t. III, p. 434).

268. — Relativamente a questa terza causa d'indegnità, è manifesto che non evvi luogo ad alcuna preventiva condanna penale; e precisamente al tribunal civile, investito della dimanda di dichiarazione d'indegnità per mancanza di denunzia della uccisione del defunto, incumbe direttamente verificarne la esistenza.

SEZIONE III.

Quali sieno gli effetti della incapacità e della indegnità.

SOMMARIO

269. — Divisione.

269. — La quistion generale *quali sieno gli effetti della incapacità e della indegnità* comprende più quistioni particolari, che ci faremo qui a disaminare specialmente, cioè:

A. In qual modo la incapacità e la indegnità han luogo? Forse di pieno diritto?

B. In quale epoca la incapacità e la indegnità possono opporsi? Avverso quali persone? Da quali persone? Avanti a qual tribunale? E durante quanto tempo?

C. Quali sono da ultimo le conseguenze della incapacità e della indegnità, sia riguardo agli eredi, sia riguardo a'terzi?

N.° 1.

Degli effetti della incapacità.

SOMMARIO.

270 — A. La incapacità ha luogo di pieno diritto. — Spetta a chi pretenda esser capace di conseguire la eredità il dimostrare la sua capacità.
271 — B. La incapacità può venire opposta ad ogni persona e da ogni persona. — Spiegazione
271 *bis*. — Durante quanto tempo la incapacità può venire opposta?
272. — C. Quali sono le conseguenze della incapacità. — Rimando.

270.—La tesi intorno a cui imprendiamo a ragionare è semplicissima circa la incapacità.

Di fatti la incapacità è la mancanza delle qualità richieste per succedere; e l'assoluta mancanza di capacità a raccogliere; come già dicemmo, è un nulla! L'incapace è affatto estraneo alla eredità; non potrebbe perderla; avvegnachè non ha mai potuto conseguirla; e di qui la formola antica e sempre vera, che la incapacità esclude il possesso legale: di fatti il possesso medesimo appartiene al solo erede, e l'incapace non è erede. Ben può dirsi indegno un erede (infra, n. 274); ma non potrebbesi dire incapace un erede, senza incorrere in una contraddizione ed in un vero controsenso.

Ciò premesso, le varie quistioni, inchiuse nel nostro subbietto, trovansi preventivamente risolute.

A. Primieramente in qual modo ha luogo la incapacità? ad evidenza di pieno diritto; dappoichè ben si comprende non essere necessario agire in giudizio, per far dichiarare, avverso una persona, esser dessa incapace da conseguire una eredità! Se questa persona possiede, l'erede eserciterà direttamente contro di essa la petizione di eredità, cioè una vera rivendicazione; e se per contrario si costituisce attrice, è manifesto che basterà risponderle non aver ella alcuna specie di chiamata ereditaria, o piuttosto lo stesso convenuto non avrà ad opporle la sua incapacità; dappoichè spetta a chi si pretenda erede il dimostrare essere effettivamente erede e conseguentemente capace (art. 135, 136 — 141. 142); a differenza della indegnità, la cui pruova debbasi somministrare avverso l'erede da coloro che gliela oppongono.

271.—B. Ad evidenza ne risulta altresì che la incapacita può venire opposta non solo allo stesso incapace, ma eziandio a' suoi eredi e successori qualsivogliano;

Del pari che può venire opposta da chiunque vi abbia interesse, non solo dagli eredi legittimi o dai successori irregolari, o dai loro creditori, in forza dell'articolo 1166—1119, ma eziandio dai debitori ereditarii, dai possessori dei beni ereditarii, i quali tutti possono egualmente sostenere verso lo incapace, il quale agisse contro di essi, essere egli un *intrus*, forse anche un *praedo*, privo di diritto e di titolo (conf. Demanto, *Temi* t. VII, p. 6).

E poco importerebbe che il vero erede consentisse ad accettare un incapace come coerede: di fatti non potrebbe, con questo consenso, conferirgli la qualità di cui va sfornito; ed i terzi interessati, come i debitori ereditarii, potrebbero sempre opporgli la sua incapacità (Decis.C. di Nimes 16 gennajo 1850, de Labareyre, Dev. 1850, II, 467)

271 *bis*.— La sola prescrizione trentennale può garentire l'incapace (art. 2262 — 2169).

E siccome trattasi, riguardo a lui, di una prescrizione ad obbietto di acquistare; dappoichè non ha, nella sua persona, alcuna altra causa di acquisto, è mestieri che abbia avuto, durante tutto questo periodo di tempo, il possesso necessario ad oggetto di acquistare (art. 2229 — 2135).

272. — C. Finalmente, circa le conseguenze della incapacità, sia riguardo allo stesso incapace o ai suoi successori *in universumjus*, sia riguardo ai terzi, suoi aventi causa *in jus singolare*, esse non sono che le conseguenze derivanti in generale dalla petizione di eredità a norma del diritto comune, e che abbiamo altrove esposte (nel nostro t. II n. 244 e seg.)

N.° 2.

Degli effetti della indegnità.

SOMMARIO

273.—Degli effetti della indegnità appo i Romani.
274.—Nella nostra antica giurisprudenza francese.
275.— Qual è, in questa materia, lo stato del nostro novello diritto?—A. La indegnità ha forse luogo di pieno diritto, o debbesi pronunziare dal magistrato? — Esposizione.

276.—Continuazione.
277.—Continuazione.—Conclusione.
278.—B. 1.° In quale epoca la indegnità può dimandarsi?
279.—2.° Contro chi puossi dimandare la esclusione per causa d'indegnità?
280.—Continuazione.
281.—3.° Da chi puossi formare la dimanda di esclusione per causa d'indegnità?
282.—Continuazione.
283.—Continuazione.
284.—Continuazione.—L'azione d'indignità puossi forse esercitare da' creditori di colui al quale appartiene?
285.—Colui al quale appartiene l'azione d'indegnità può forse validamente rinunziarvi?
285 *bis*.—Continuazione.
286.—L'azione d'indegnità è divisibile.
287.—4.° A quale tribunale debbesi sommettere l'azione d'indegnità?
288.—Continuazione.
289.—5.° Quale è la durata dell'azione d'indegnità?
290.—C. Quali sono le conseguenze della indegnità, quando siasi pronunziata?
291.—La decadenza risultante dalla indegnità si applica soltanto alla chiamata propria e personale dello indegno.—Conseguentemente i figli dello indegno non vengono esclusi per colpa del padre loro.—Del caso in cui succedano di propria ragione.
292.—Del caso in cui i figli di chi abbia commesso un fatto al quale la legge rannoda la indegnità di succedere possono succedere solo per rappresentazione del loro autore.
293.—La decadenza risultante dalla indegnità applicasi semplicemente alla eredità del defunto, riguardo al quale è stato commesso il fatto d'indegnità, ed a' diritti che lo indegno era chiamato a conseguirvi nella sua qualità di erede.
293 *bis*. L'art. 730 apporta a questa regola una eccezione, dichiarando che lo indegno non può pretendere su' beni cadenti nella successione, da cui è escluso, l'usufrutto che la legge conceda a' genitori su' beni de' loro figli.
294.—L'indegno può conseguire ogni altra eredità, sia di propria ragione, sia per rappresentazione di colui dalla eredità del quale è stato escluso come indegno.
295.—Continuazione.
296.—L'indegno potrebbe conseguire ogni altra eredità, anche quando la eredità da cui fosse stato escluso per causa d'indegnità si trovasse nella novella eredità cui fosse chiamato
297.—Continuazione.
298.—Continuazione.
299.—L'indegno rimane spogliato di tutti i dritti che avrebbe vantato, *jure haeredis*, sulla eredità del *de cujus*; di tutti quelli, ma di quelli soltanto.—Conseguenze.
300.—L'indegno non rimane privo de' beni, che colui dalla eredità del quale è stato escluso come indegno era tenuto restituirgli in forza di permessa sostituzione.
301.—A. Quali sono mai le conseguenze della indegnità riguardo a coloro che possano dedurla; coeredi dell'indegno, parenti del grado susseguente, legatari e donatarj?—Regola a tale obbietto.
302.—1.° L'erede, dichiarato indegno, è tenuto di restituire tutti i beni ereditarj, niente di meno, ma niente di più.
302 *bis*.—Continuazione.—Tutti i diritti reali e personali che la confusione avesse estinti, sia da parte della successione contro l'indegno, sia da parte dello indegno avverso la successione, risorgono dopo pronunziata la indegnità.
303.—L'indegno non può più agire contro i debitori ereditarj, nè esser convenuto in giudizio da' creditori e dai legatarj.
304.—*Quid* relativamente a' miglioramenti ed a' deterioramenti fatti dallo indegno su' beni ereditarj?
305.—2.° L'indegno debbe restituire tutti i frutti e rendite di cui ha avuto il godimento dopo l'apertura della successione.
306.—L'indegno dovrebbe forse restituire i frutti e gl'interessi da lui riscossi dopo l'apertura della successione, eziandio nel caso in cui la causa della indegnità fosse sorta nella sua persona, posteriormente all'apertura medesima?
307.—L'indegno debbe forse gl'interessi delle somme capitali provegnenti dall'attivo ereditario, a principiare dalle epoche in cui le abbia riscosse, ancorchè le avesse ritenute presso di sè? Ovvero per contrario li dee dal giorno della dimanda?
308.—Viceversa l'indegno avrebbe forse diritto agl' interessi su le somme anticipate per estinguere i pesi ereditarj a cominciare dal giorno della comprovata anticipazione.
309.—L'indegno potrebbe forse invocare la prescrizione quinquennale stabilita dall'art. 2277?
310.—B. Quali sono le conseguenze della indegnità riguardo a' terzi?—Prima opinione: la risoluzione del titolo dello indegno ha luogo *ut ex nunc* rispetto a' terzi; e conseguentemente debbonsi mantenere i diritti da lui conceduti sino al dì della sentenza che l'abbia dichiarato indegno.
311.—Seconda opinione: debbesi fare una distinzione:
312.—1.° Gli atti necessarj di amministrazione, nel senso alto ed ampio di questo vocabolo, dovranno essere dichiarati validi.
313.—2.° Fra gli atti volontarj è uopo distinguere quelli che possonsi considerare atti di amministrazione da quelli che non potrebbero assumere tal carattere.
314.—Continuazione.—Applicazione.—Conclusione.

273. — Appo i Romani gli effetti della indegnità erano assai diversi dagli effetti della incapacità. Mentre lo incapace non aveva in veruna guisa la qualità di erede, per contrario l'indegno era erede: esso conseguiva la eredità; e non solo diveniva erede, ma rimaneva sempre tale, eziandio dopo pronunziata la sua indegnità.

L'effetto di questa indegnità consisteva nella confiscazione fatta, in persona dell'erede, dei beni ereditari: ne lo spogliava il fisco, *indigno aufertur haereditas*; e questa medesima confiscazione che esercitavasi contro di lui dimostrava appartenere a lui effettivamente la eredità; e se perdeva quindi i vantaggi della eredità, ciò avveniva precisamente perchè aveva e conservava il titolo di erede.

Di qui discendeva :

1° Che lo indegno riteneva il suo grado e formava ostacolo al parente di grado susseguente ;

2° Che i legati ed altre disposizioni contenute nel testamento, che lo aveva instituito, venivano mantenuti ;

3° E che giungevasi sino a mantenere pure, dopo essergliisi tolta la credità, gli effetti della confusione, operatasi nella sua persona , nel momento dell'adizione della credità : *si quid tamen, ob aditam haereditatem , actionibus aut servitutibus confusis amiserit , auxilio restitutionis non merebitur*(confr. l. 16, § 2; l. 17; l. 18, § 1, ff, *de his quae ut indign.*; l. 3, § 4, e l. 14 ff. *de jure fisci*).

274—Il nostro antico diritto francese aveva pure conservato, sotto alcuni rapporti , il principio della differenza fra la incapacità o la indegnità; e tale è al certo la origine di questa formola rinvennta in tutte le opere di quel tempo, che l' indegno trovasi investito della eredità, a differenza dello incapace , il quale non può ad evidenza esserlo.

« Consideriamo l'indegno, diceva Lebrun, come successore legittimo, il quale può esser privato dei suoi diritti unicamente mercè la dichiarazione da farsi giudizialmente della sua indegnità. » (lib. III, cap. 1, n. 9).

E Pothier insegnava similmente che: « la indegnità non ha luogo di pieno diritto ; che debbe essere pronunziata. » (*delle success.*, cap. 1, sez II, § 2; agg. de Montvallon, tit. 1, cap. III, art. 2).

Non pertanto la giurisprudenza francese non aveva desunto da tal premessa le conseguenze che il diritto romano ne traeva: non si è mai ammesso appo noi, che la indegnità dell'erede dovesse giovare al fisco : il diritto di addurre questa causa di esclusione veniva attribuito ai coeredi dello indegno o ai parenti dei gradi susseguenti; ed eziandio all' obbietto, cioè per eliminare la confiscazione , affermavasi non esser più necessario distinguere, in Francia, gl'indegni dagl'incapaci: ma questa assimilazione della incapacità e della indegnità *ha luogo solo riguardo al fisco*, soggiugneva Lebrun , *per impedire che cari profitto da una eredità che avrebbe potuto appartenere allo indegno* (*loc. supra cit.*).

Altronde il principio della differenza fra la incapacità e la indegnità veniva del pari sempre osservato, ad onta di alcuni isolati dissentimenti (additati da Montvallon , *loc. supra*) ; e di fatti era massima costante, sotto l'impero del nostro antico diritto francese, che la indegnità, a differenza della incapacità, non impediva il possesso legale ; che non aveva luogo di pieno diritto; e che dovevasi dimandare e pronunziare giudizialmente.

275—Ed ora quale è mai, in siffatta materia, lo stato del nostro novello diritto ?

È questa la tesi che dobbiamo qui disaminare, e che successivamente applicheremo alle tre quistioni testè elevate (n. 269).

A. Primamente la indegnità ha luogo di pieno diritto , o debbesi giudizialmente pronunziare ?

In altri termini la esclusione , che ne emerge, è legale o giudiziale ?

La differenza fra l'uno e l' altro modo di esclusione potrebbesi forse paragonare a quella da noi già stabilita altrove, e su cui spesso avremo occasione d' intrattenerci , fra una convenzione *nulla* ed una convenzione *annullabile* (*ved.* il nostro t. III, n. 240 e *seg.*).

Lo affermare esser nulla una convenzione è manifestare la idea che la nullità *ha luogo di pieno diritto*, val dire che questa pretesa convenzione non ha legalmente veruna esistenza, e che non è necessario agire giudizialmente per farla dichiarar nulla; dappoichè il nulla non può venire annientato (art. 1117—1071).

Lo affermare essere annullabile la convenzione è per contrario manifestare la idea che tal convenzione ha una esistenza legale, apparente almeno e provvisoria, e che bisogna agire giudizialmente per farla rescindere, annullare o risolvere (confr. art. 956, 960, 1184 — 881, 885, 1137).

Ed uno de' precipui effetti di tal differenza si è che *la nullità di pieno diritto* può dedursi da chiunque vi abbia interesse; mentre per contrario l' *annullabilità* può dedursi unicamente da alcune persone, le quali sole hanno qualità all' obbietto.

Similmente se dicasi che la indegnità ha luogo di *pieno diritto*, ne conseguiterà che lo indegno non avrà legalmente la qualità di erede; che non sarà necessario agire giudizialmente per far giudicare trovarsene decaduto; e che conseguentemente la indegnità potrà dedursi, come la incapacità, da chiunque vi avrà interesse.

Se per contrario si dica che essa non ha luogo di pieno diritto, ne conseguiterà che l' indegno sarà erede legalmente; che bisognerà agire giudizialmente per privarlo della eredità; e che questa azione potrà instituirsi da al-

cune persone soltanto rivestite di qualità all'obbietto.

In somma, a norma della prima formola, il titolo dello indegno sarà *nullo*; a norma della seconda sarà *annullabile*.

276.—Ebbene adunque! il suo titolo è nullo o annullabile?

Per sostenere che, sotto l'impero del nostro Codice, la indegnità, come la incapacità, ha luogo di pieno diritto, si potrebbero invocare, sia i testi, sia i principî, e ragionare così:

1.° Da un lato il cap. II del nostro titolo è intitolato: *Delle qualità richieste per succedere*: or, precisamente sotto questa medesima rubrica quel capitolo tratta del pari della incapacità e della indegnità: dunque il novello legislatore le ha considerate sotto lo stesso punto di veduta, e come constituenti entrambe la mancanza delle qualità richieste per succedere.

D'altro lato l'art. 727 si esprime nel modo più diretto ed imperativo: *sono indegni di succedere...*, cioè assolutamente come l'art. 725 — 646, il quale dichiara *sono incapaci di succedere...*: dunque la legge medesima pronunzia la indegnità al pari della incapacità; e non potrebbesi ammettere che questa unica formola esprima due modi diversi di esclusione.

2.° Altronde in ragione e per principio, perchè mai avverrebbe diversamente? Questa differenza fra la incapacità e la indegnità ben potevasi un tempo spiegare, sotto un sistema in cui le cause d'indegnità erano incerte, mal definite e pressappoco arbitrarie: allora faceva mestieri che il magistrato intervenisse per valutarle e pronunziarle; ma oggidì che le cause d'indegnità vengono definite o limitate, tal distinzione non ha più base: perchè, a cagion di esempio, la necessità di una sentenza espressa e speciale su la indegnità, qualora siavi una decisione che abbia condannato l'erede per avere ucciso o tentato di uccidere il defunto? La indegnità è una soddisfazione data supremamente dal legislatore stesso alla pubblica morale; o tostochè il legislatore dichiara negar la successione allo indegno, non comprenderebbesi lasciarvelo entrare unicamente ed in certa guisa a bella posta per farvelo uscire! non è forse molto più semplice chiudergliene di pieno diritto lo ingresso?

Conseguentemente i propugnatori di questa dottrina conchiudono che «la indegnità e la incapacità di succedere sono in tal caso (del n. 1 dell'art. 727) la diretta e necessaria conseguenza della decisione divenuta giudicato irrevocabile...; che esse dunque han luogo di pieno diritto, senza esser necessario farle pronunziare da'tribunali civili; che, atteso la disposizione cotanto imperativa dell'art. 727, non potrebbesi concepire lo intervento del giudice civile; inutile intervento là dove la indegnità venga virtualmente annessa alla decisione di condanna; che quindi la eredità del *de cujus* passa di pieno diritto a'suoi eredi diversi dallo indegno...» (confr. decis. C. di Bordò 1.° dic. 1853, Venayre, Dev. 1854, II, 225; Devilleneuve, Osservaz., *loc. cit.*, note 1, 4; Massé e Vergé sopra Zachariæ, t. II, p. 245; D., *rac. alfab.* (nuova ediz. v. *Success.*, t. XLI, p. 96, n. 145).

Noi non ammettiamo cotesta dottrina.

1.° E primieramente faremo una obbiezione che ci sembra capitale, cioè che essa non può applicarsi, per propria confessione, alle tre cause d'indegnità stabilite dall'art. 727. Si applica alla prima; ma circa la terza ed eziandio circa la seconda, si conviene esser dessa d'impossibile applicazione. Di fatti è manifesto che la quistione se l'erede sia indegno, perchè, informato della uccisione del defunto, non l'avesse denunziata alla giustizia, quistione tutta di fatto, i cui elementi sono di necessità posteriori alla stessa apertura della successione, potrebbe venire risoluta sol dietro speciale disamina, e con sentenza *ad hoc*. Devilleneuve (*loc. supra cit.*) ammette anzi che vi si possa aggiugnere pure il caso di accusa capitale giudicata calunniosa; per modo che di tre cause d'indegnità una sola avrebbe luogo di pieno diritto, mentre sarebbe uopo agire in giudizio per far pronunziare le due altro.

Ebbene! ciò ci pare distruggere lo intero sistema.

Da un lato di fatti gli argomenti, che i propugnatori del sistema medesimo han desunti dalla rubrica del nostro capitolo II e dal tenore dell'art. 727, sfuggono ad essi di necessità, o piuttosto si ritorcono contro di loro; dappoichè la rubrica del capitolo II ed il tenore dell'art. 727 applicansi alle due ultime cause d'indegnità come alla prima, e, se non dimostrano che le due ultime cause d'indegnità abbiano luogo di pieno diritto, non possono vieppiù somministrare tal pruova per la prima causa.

D'altro lato la teorica del Codice è ad evidenza la stessa per le tre cause d'indegnità, che il Codice ha di fatti comprese in un solo

articolo ed in termini ideatici: non si potrebbe ammettere esservi due sistemi diversi sul modo onde la indegnità s'incorre; ed è manifesto che l'art. 727 costituisce l'espressione di un solo e medesimo sistema.

2° Or questo unico sistema ci pare precisamente il sistema antico e tradizionale di tal subbietto, cioè che lo indegno è erede, che viene impossessato; ma che il suo possesso può essere annullato e risolversi; in somma che la indegnità non ha luogo di pieno diritto.

Primieramente tale è, come abbiamo già detto, la filiazione storica e tradizionale delle idee più antiche su tal materia (*supra*, n. 273, 274); e nulla addita che gli autori del Codice Napoleone abbiano inteso dipartirsene.

Tutto l'opposto! eglino trattano separatamente degl'incapaci e degl'indegni; la qual cosa dimostra che effettivamente distinguono gli uni dagli altri; e dichiarano che gl'indegni vengano esclusi dalle successioni (articolo 727, 729, 730 — 648, 652, 653); espressione la quale suppone precisamente, come afferma Demante, *la idea di espulsione*, *anzichè quella di ostacolo all'ingresso* (t. III, n. 34 *bis*); a differenza dello incapace, *qui non admittitur*, per contrario lo indegno *ejicitur*: appunto in tal senso Cuiacio ha pure insegnato *indignus potest capere*, *non retinere*; e la pruova ancora che il Codice suppone esservi qui decadenza da un diritto e da un possesso dapprima acquistati si è il determinarsi da esso gli effetti della espulsione che li farà cessare (art. 729); la quale cosa non ha praticato in verun luogo e che ad evidenza non poteva praticar relativamente allo incapace.

3° È ben vero che tal differenza fra la incapacità che ha luogo di pieno diritto, e la indegnità, la quale debbesi giudizialmente pronunziare, era sotto lo impero del nostro antico diritto, tanto più necessaria in quanto che le cause d' indegnità erano moltiplici ed incerte; ma poggiava inoltre sopra un motivo più generale, e che doveva farla mantenere ad onta del preciso determinamento delle cause d'indegnità; cioè che è dessa effettivamente unisona alla veracità del fatto ed alla natura delle cose.

La incapacità è la radicale mancanza di ogni attitudine a succedere a chicchesia: è dessa assoluta, *in rem*, *generaliter*, como avrebbero detto i Romani (*ved.* il nostro t. IX, n. 466).

Ben diversa è la indegnità; la quale suppone per contrario, in persona dello indegno, le qualità richieste per succedere, e la quale non gl'impedisce effettivamente di succedere utilmente ad ogni altra persona diversa da quella riguardo a cui esiste la causa d'indegnità: essa è relativa, *in personam*, precisamente perchè risulta da un torto commesso dall'erede verso *il de cujus*. Dunque è uopo comprovare la esistenza del torto medesimo, riconoscerne i caratteri; e fino a quando non venga ciò praticato ben si comprende che questo erede, il quale ha le qualità richieste per succedere, succede di fatti, almeno provvisoriamente. Questa disamina e questa comprovazione della causa d'indegnità, che riconosconsi indispensabili nel caso contemplato col numero 3, ed eziandio col n. 2 dell'articolo 727, possono altronde essere eziandio necessarie nel caso contemplato col n. 1: è questa la osservazione fatta con alto fondamento dal nostro dotto collega Berthauld, nel profondo studio di lui *su le quistioni ed eccezioni pregiudiziali in materia criminale*: « Io non dico con la corte di Bordò che la indegnità e l'incapacità di succedere, sono, in tal caso, la diretta conseguenza della decisione divenuta giudicato irrevocabile; che esse han luogo di pieno diritto senza essere uopo farle pronunziare dal magistrato civile: a parer mio, il giudice civile potrebbe, a cagion di esempio, esaminare se l'omicidio, dichiarato scusabile, producesse o pur no la indegnità: vincolato, circa la comprovazione del fatto, conserverebbe piena libertà per valutarne le civili conseguenze.....» (n. 96). Ed abbiamo di fatti osservato che lo stesso n. 1. dell'art. 727 può far sorgere, sotto questo punto di veduta, delicate e gravissime quistioni (*supra* n. 229 e seg.)

Laonde conchindiamo che la indegnità non ha mai luogo di pieno diritto e che debbesi dimandare e pronunziare giudizialmente. Altronde è questa la dottrina più universalmente seguitata; ma aggiungiamo che traggonsi pure generalmente da tal dottrina molte conseguenze, che, in quanto a noi, non accoglieremo, come bentosto si osserverà (conf. Delvincourt, t. II, p. 25, nota 2, Toullier t. II, n. 113, 114, Duranton, t. VI, n. 65 e 115; Ducaurroy, Bonnier, e Ronstaing, t. III, n. 434, Demante, t. III, n. 34 *bis* e 37: e *Temi* t. VII, p. 9, 11, Monrlon, *Rep. scrit.* t. II p. 25, Marcadè, art. 727, n. 6, Dalloz, Osservaz. 1854, II, 157: Prondhon, *dell'usufrutto*, t. 1, n. 156, Ponjol, art. 727, n. 11, Malpel, n. 35; Rolland de Villargnes, v. *Indegnità*, n. 20

Vazeille su l'art. 727, n. 15 : Aubry e Rau, sopra Zachariae, t. IV, p. 166, Bauby, *Rivista crit. di legislaz.* 1855, p. 482, 483)

277. — Dal doversi pronunziare la indegnità non è da inferire essere necessarie due distinte e separate sentenze, cioè una, che dichiarasse preventivamente la indegnità del convenuto, e l'altra, la quale, pronunziando la sua esclusione, attribuisse i beni ereditari in tutto o in parte, all'attore.

Nulla osta alla medesima decisione giudiziale, la quale dichiari la indegnità, pronunziare contemporaneamente la esclusione dello erede indegno; anzi è questa conseguenza affatto semplice ed eziandio necessaria disposizione; avvegnachè, una volta giudizialmente assodata la indegnità diviene ben fondato lo affermare che in forza della stessa legge lo indegno rimane escluso e vengono chiamati i suoi coeredi o gli eredi di grado susseguente. Soggiungiamo che l'attore per indegnità non ha interesse, e quindi qualità per dimandare la esclusione dello indegno, se non quando pretenda giovargli la esclusione medesima.

278. — B. Ecco ora il nostro secondo novero di quistioni :

In quale epoca può dimandarsi la indegnità? contro di chi? da chi? avanti qual giudice? e durante quanto tempo?

1.° Primieramente in quale epoca?

A norma della dottrina per noi impresa a seguitare, ed onde s'insegna che la indegnità debbasi dimandare giudizialmente, è manifesto che la correlativa dimanda può formarsi sol dopo l'apertura della successione, ancorchè la causa della indegnità si fosse addotta e giudizialmente assodata prima dell'apertura medesima, come se, per esempio, l'erede presuntivo, fosse stato condannato mentre viveva il suo autore, per aver tentato di ucciderlo o per aver formato contro di lui un accusa capitale giudicata calunniosa; avvegnachè l'obbietto dell'azione dell'attore per dichiarazione d'indegnità si è che lo indegno venga *escluso* dalla successione, decaduto dalla qualità di erede: or non puossi dichiarare escluso da una successione non aperta, nè decaduto da una qualità che non ha e che non potrebbe ancora avere; e l'attore il quale nulla potrebbe conchiudere nel proprio interesse, ad evidenza sarebbe del pari privo di qualità. Da ultimo è uopo por mente agli art. 791, 1130, e 1600—708, 1084, e 1445, i quali, vietando ogni specie di patto sopra una successione non aperta, si opporrebbero energicamente, secondo lo essenziale pensiero che gli ha dettati, ad un simigliante giudizio intorno alla successione di un uomo vivente !

Dovrebbe forse diversamente accadere, secondo la dottrina onde viene insegnato che la indegnità ha luogo di pieno dritto? e risulta forse da tal dottrina che la indegnità potrebbesi incorrere preventivamente, anche prima dell'apertura della successione? è questo il sentimento dell'autore delle osservazioni inserite nella raccolta di Dalloz sulla decisione della Corte di Bordò del 1 dicembre 1853 :

« Se, egli dice, la indegnità esiste sin dal tempo della condanna..., non è uopo preoccuparsi della quistione se l'indegno sia morto prima o dopo l'apertura della successione: in ambedue le ipotesi nessun diritto di successione potrebbesi esercitare di propria ragione: nella prima ipotesi, perchè non è lecito rappresentare un indegno; nella seconda, perchè l'indegno, privo di tutt'i diritti ereditari, nulla ha trasmesso alla sua successione. » (Dalloz, 1854, II, 157).

Demante sembra parimenti considerare che, ove si statuisse aver luogo la indegnità di pieno diritto, ne conseguiterebbe che *potrebbesi incorrere preventivamente per una successione non ancora aperta* (T. III, n. 34 *bis*).

La teorica della indegnità di pieno diritto non ci pare nulladimeno comportare tal conseguenza : puossi ravvisare che la Corte di Bordò, la quale sancisce tal teorica con la sua decisione non l'ha menomamente desunta dalla medesima ; e di fatti avvisiamo in verun caso ed in verun sistema la indegnità potersi incorrere prima dell'apertura della successione.

In vero, qualunque sia il modo onde segue la esclusione per causa d'indegnità, sia legale o giudiziale, suppone sempre di necessità una relazione, un rapporto fra lo indegno e la successione: *degno* o *indegno*, vocaboli implicanti una idea di paragone, la quale richiede due termini: degno effettivamente di che? indegno di che? or questi due termini, questa relazione necessaria possono esistere sol dopo la apertura della successione: dunque prima dell'apertura non evvi alcuna possibile indegnità.

E tanto precisamente suppongono gli articoli 727-730, i quali collocano lo indegno in faccia alla successione, e ne lo dichiarano *escluso*.

Dunque è uopo conchiudere che, anche

quando la causa della indignità fosse stata giudizialmente comprovata prima dell'apertura della successione, torna sempre impossibile che la stessa indegnità incorrasi prima di aprirsi la successione; e cotesta dottrina assume la più alta importanza, come tantosto dimostreremo; dappoichè ne conseguita che se colui il quale si trovasse in un caso d'indegnità muoia prima dell'apertura della successione, tal causa d'indegnità, il cui germe soltanto era nella sua persona, non avrà mai potuto avverarsi, nè produrre alcuno effetto (conf. Delvincourt, t. II, p. 25, nota 10; ed *infra*, n. 292).

279. — 2° Contra chi la esclusione per causa d'indegnità può dimandarsi?

Tal quistione è una delle più procardiche del nostro subbietto.

Autorità notabili, nella dottrina, insegnano che la indegnità puossi pronunziare unicamente avverso lo stesso erede, vivente ed impossessato; che non può esserlo contra i suoi eredi; e che conseguentemente l'azione d'indegnità estinguesi con la sua morte:

1° La indegnita, dicesi, è una pena; ed appunto questo è uno dei motivi per cui non ha luogo di pieno diritto, o debbasi applicare dal Magistrato;

Or le pene possono colpire il solo delinquente, il quale debba potere egli stesso difendersi e discutere le pruove della colpabilità appostegli, ed il quale debbe solo venir colpito;

Dunque la indegnità potrebbesi dimandare e pronunziar unicamente contro l'indegno medesimo personalmente: dunque, a norma dell'art. 2. C, istr. crim. — 4, l'azione d'indegnità estinguesi colla sua morte.

2° Il Codice Napoleone stesso ha applicato tal principio nell'art. 957—882, il quale dichiara che la *rivocazione* (di una donazione tra vivi per causa d'ingratitudine) *non potrà dimandarsi dal donante contro gli eredi del donatario.*

Or l'analogia é perfettamente esatta fra le duo situazioni; e se l'erede del donatario ingrato non debba direttamente incorrere la rivocazione cui dovea soggiacere il solo suo autore, lo erede dello indegno neppure debba soggiacere ad una esclusione che il solo indegno incorrer doveva. Il principio della personalità richiede, dicesi, in questi duo casi, la medesima soluzione (conf. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 431, Demante, t. III, n. 37 *bis*, II; Marcadé, art. 72, n. 6; Mourlon, *Repet. scrit.*, t. II, p. 25, 26).

Cotesta dottrina non ci pare ben fondata; e noi per contrario avvisiamo poter dimostrare che il giudizio d'indegnità può non solo proseguirsi, ma eziandio instituirsi, per la prima volta, contro gli eredi dello indegno trapassato. Tal dimostrazione risulterà, a creder nostro, sia dalle storiche tradizioni; sia da generali principi del diritto civile, cui non si è derogato in questa speciale materia; sia da ultimo dalle inamissibili conseguenze derivanti dalla teorica per noi oppugnata:

1° I Romani avevan pure preveduto la ipotesi in cui l'erede morisse prima che la causa della sua indegnità si fosse riconosciuta e dichiarata nella sua persona; ed eglino avevano precisamente agitato la quistione ora in esame.

Il giureconsulto Paolo, nella legge 22 del Digesto, *de senatus consulto Silaniano*, esprimevasi così:

«... Quaero an morte Titiae exstinctum sit crimen? Paulus respondit causam, de qua agitur, cum sit pecuniaria, morte ingratae haeredis extinctam non videri.»

Il giureconsulto Modestino è del pari esplicito nella legge 9 del Digesto, *de jure fisci*:

«Quaero an putes, extincta rea, cognitionem appellationis inducendam, propter haereditatem quaesitam? Modestinus respondit, morte reae crimine extincto, persecutionem eorum quae scelere adquisita probari possunt, fisco competere posse.» (Agg. L, 1, ff. *si pend. appellat*).

La nostra antica giurisprudenza francese aveva similmente ritenuto cotesti principi:

«È regola, diceva Furgolo, che la morte estinguo il reato (L. 1, 2, 3 ed altre del titolo del Codice: *si reus vel accusator mortuus fuerit*). Si può mai instituire l'azione d'indegnità dopo la morte di chi abbia commesso il reato, che lo rendette indegno? La legge 9 ff. *de jure fisci* e la legge *Gaius* 20, ff. *de senatusconsulto Silaniano* statuiscono che il giudizio d'indegnità può espletarsi ed eziandio instituirsi dopo la morte dello indegno, dappoichè non trattasi della personale punizione del defunto, la qual cosa non è permessa dalla legge, dichiarando essa estinto il reato, ma di privare i suoi eredi de' beni di fortuna, di cui il loro autore si è renduto indegno...» (*de'testamenti*, t. I, cap. VI, sez. III, n. 351).

Viemaggiormente! a norma di una dottrina un tempo plaudita da giudicati, e che più giureconsulti hanno insegnata, gli stessi figlioli

dello indegno venivano personalmente esclusi dalla successione, *a qualsivoglia titolo possono succedere*, diceva Lebrun, sia per rappresentazione, sia per propria ragione! (*delle Success.*, lib. III, cap. XI, n. 10; *ved.* pure *infra*, n. 292.). Era questa indubitatamente estrema durezza o piuttosto manifesta ingiustizia; avvegnachè quei figliuoli venivano risguardati come se avessero personalmente commesso il fatto, che aveva cagionato la indegnità del loro autore! al certo il principio della personalità delle pene trovavasi così profondamente trasgredito. Quindi altri giureconsulti avevano altamente riprovato tal rigore : *Ciò che mi sembra soggiacere a qualche difficoltà*, diceva Pothier (*delle Success.*, cap. 1, sez. II, § 2) ; e Bonhier più energicamente combatteva tal dottrina come *contraria alla ragione ed alla equità* (su la cons. di Borgogna, cap. II, n, 74; Merlin *Rep.*, *v. Rappresentazione*, sez. III, § 6). Ma l'eccesso medesimo di cotesto rigore dimostra sempre nel modo più inconcusso che nulla impediva nel nostro antico diritto, che gli eredi dello indegno venissero privati dopo sua morte , della successione , da cui il loro autore doveva essere escluso, e la quale avevano raccolta *per diritto di trasmissione*; dappoichè gli stessi figliuoli venivano esclusi da tal successione , in qualsivoglia guisa volessero conseguirla, non solo per diritto di trasmissione o di rappresentazione , ma eziandio per propria ragione!

Son queste le storiche tradizioni del subbietto in disamina.

2. Altronde tali tradizioni sono unisone ai principii generali del diritto civile , in quanto per altro si volesse unicamente privare gli eredi dello indegno della successione ricevuta da essi dal proprio autore *per diritto di trasmissione*.

Di fatti la regola generale si è che gli eredi succedono in tutte le obbligazioni del proprio autore, e che le medesime azioni, suscettive di potersi instituire contro di lui, possono venire instituite contro di essi dopo la sua morte (art. 724, 873, 1220—645,794, 1173); e questa regola debbesi osservare , salvo qualche eccezionale derogazione , la quale può emergere solo da un testo di legge o dagli essenziali principii di qualche materia speciale;

Or, da un lato, nessun testo dichiara che la dimanda d'indegnità potrà formarsi unicamente contra lo stesso indegno; e d'altro lato nulla rinviensi nei particolari principii di questo subbietto, che imponga la eccezione medesima;

Dunque restiamo, in tal materia, sotto l'impero del diritto comune , il quale sottopono gli eredi a tutte le azioni , cui lo stesso loro autore andava esposto.

È indubitato che nessun testo del nostro codice limita la dimanda d'indegnità alla stessa persona dello indegno; dappoichè gli art. 727 e seg. non racchiudono alcuna disposizione simile a quella dell' art. 957—882: or cotesta differenza dei testi è oltremodo significante: di fatti, se il legislatore avesse voluto applicare alla dimanda di esclusione dalla successione per causa d' indegnità lo stesso principio che alla dimanda di rivocazione di una donazione tra vivi per causa d'ingratitudine, avrebbe al certo formolato tale eccezione in ambedue i casi.

Cotesta eccezione, non scritta, emerge forse almeno dagli essenziali e particolari principii del nostro subbietto? neppure!— La indegnità, dicesi, è una pena!—Oh ! indubitatamente la legge , la quale dichiara lo indegno escluso dalla successione , ha in mira , sotto un determinato punto di veduta, di punirlo con questa decadenza; ma in ultima analisi questa esclusione constituisce una decadenza dai diritti ereditarii fermata dalla legge civile. Dunque il vero si è che essa non è una *pena* nel tecnico significato di questo vocabolo ; e quando invocasi l' art. 2 C. instr. crim., il quale dichiara che *l' azione pubblica per l' applicazione della pena si estingue con la morte del prevenuto* (confr. Demante; *loc. supra cit.* ,) invocasi l' articolo medesimo per inferirne che l' azione di esclusione dalla successione per causa d'indegnità si estingue con la morte dello indegno, ci sembra che si confondano due ordini di principii affatto diversi; dappoichè la indegnità non è una pena, nella significazione di tal vocabolo, a norma del nostro diritto criminale ; ed anche quando concederemmo che essa offre un carattere di penalità diverso da quel carattere di penalità meramente civile che la distingue, neppur ne conseguiterebbe non potersi pronunziare contro gli eredi dello indegno; avvegnachè, se è vero che la pena segue il delinquente *e non il sorpassa* , secondo la espressione di Lebrun, ciò va inteso delle applicazioni effettivamente penali , val dire delle ammende e delle confiscazioni speciali: or, nel diritto francese, la esclusio-

ne dalla successione per causa d'indegnità non ha mai offerto tal carattere: se si toglie la successione allo indegno, ciò accade affinchè non si arricchisca in occasione del suo reato, o talvolta pel risultamento medesimo del reato; e questa ragione è del pari giusta o morale riguardo ai suoi eredi, i quali non debbono potere arricchirsi col frutto dei reati del loro autore . . . . *ne alieno scelere ditentur* (l. 1, *Cod. ex delict. defuncti*).

Obbiettasi che gli stessi compilatori del C. Nap. hanno così circoscritto il principio della personalità delle pene, in una materia civile, la quale offre con questa la più grave simiglianza, cioè la rivocazione della donazione tra vivi per causa d'ingratitudine. Ma primieramente abbiamo già risposto esservi in questa materia un testo positivo (art. 957), e non esservene alcuno nella soggetta materia; ed inoltre ci pare indubitato che il legislatore non ha inteso regolare cotesti due subbietti con gli stessi principii:

Quindi:

A. Il donante può perdonare il donatario ingrato; mentre nessun perdono può cancellare, al cospetto della legge, il torto dell'erede indegno (*supra* n. 226);

B. Il donatario ingrato è tenuto restituire i frutti *a computare dal giorno della dimanda* (art. 958—883); mentre l'erede indegno debbe restituire tutti i frutti *dopo aperta la successione* (art. 729—652);

C. La dimanda di rivocazione per causa d'ingratitudine debbesi formare entro l'anno a cominciare dal giorno del delitto, ec. (art. 957—882).

Son queste altrettante capitali differenze tra la rivocazione di una donazione per causa d'ingratitudine e la esclusione da una successione per causa d'indegnità, le quali dimostrano che il legislatore non ha assunto, in tali due casi, lo stesso punto di veduta, ed ha considerato la rivocazione per causa d'ingratitudine in certa guisa come affare personale fra il donante ed il donatario, fra l'offensore e l'offeso; mentre egli medesimo ha pronunziato la indegnità con uno scopo di morale pubblica e di esemplare riparazione!

3° Finalmente la dottrina da noi oppugnata produrrebbe, abbiamo già detto, conseguenze davvero inamissibili, dalla corte di Bordò perfettamente disvelate:

« Atteso che il sistema sostenuto dai coniugi Venayre menerebbe alle più spiacevoli ed ingiuste conseguenze; che quindi, nessuna eccezionale prescrizione trovandosi stabilita avverso gli eredi per prevalersi del diritto lor conferito dall'art. 727 contro il loro coerede indegno ed *incapace* di succedere (1), avverrebbe che, qualora non producesse ricorso il condannato a pena afflittiva ed infamante, producente morte civile (o naturale), il termine per l'esercizio del loro diritto andrebbe ristretto al breve intervallo fra la sentenza di condanna e la sua esecuzione; che avverrebbe pure che successibili assenti o domiciliati in luoghi lontani si troverebbero privi, senza alcun ragionevole motivo, del benefizio della legge;—che se, per contrario, l'uccisore, trattato con maggiore indulgenza, fosse stato condannato a pena temporanea non producente la morte, lo esercizio dell'azione perdurerebbe trenta anni; talchè quanto più il castigo sarebbe rigoroso tanto meno di energia avrebbe la dichiarazione d'indegnità . . . ») 1. dic. 1853, Venayre, Dev., 1854, II, 225).

E non solo questa dottrina spesso produrrebbe il risultamento di assicurare la impunità dell'erede indegno; ma aggiungiamo che dovrebbesi temere altresì che essa incoraggiasse e provocasse i più criminosi disegni! Supponete che un uomo in ruina nei beni di fortuna, con figliuoli, concepisca l'abbominevole disegno di conseguire con l'assassinio, per la propria famiglia, i beni di fortuna del fratello, ricco e senza figli. Non potrebbe forse, nel sistema da noi oppugnato, fare il seguente odioso calcolo: o non verrà condannato como l'assassino del fratello; ed allora egli medesimo consegue la credità; o per contrario verrà pronunziata una condanna avverso di lui; ed in tal caso potrà rendere impossibile la pronunziazione della sua indegnità pel suicidio, assicurando così ai figliuoli la successione della vittima!

Lo stesso Demante ha additato questo pericolo affermando che *la mira dello interesse dei figliuoli basterà forse per eccitare il padre a commettere il reato*(t. III, n. 39 *bis*, I).

I nostri antichi scrittori eransene altresì molto preoccupati: *La naturale unione tra padre e figlio*, diceva Lebrun, *è tale che diviene impossibile immaginarsi che il reato del padre gli torni infruttuoso*, *quando attualmente giovi ai figli* (*Delle Success.*, lib. III, cap. IX, n. 10). Ed ecco la ragione per cui punivano direttamente i figli medesimi

(1) Non ammettiamo questa formola V *supra*, n. 275, 276.

come se fossero stati indegni! era questo indubitatamente un eccesso di preveggenza, che addiveniva una ingiustizia; ma è uopo che neppur noi incorriamo oggidì in un eccesso d'impreveggenza e di debolezza! È già bastevole che la condanna criminale debbasi preventivamente pronunziare contro lo stesso erede, per potersi formare la dimanda d'indegnità; avvegnachè abbiamo già osservato che la morte dell'erede, prima della procedura ed anche nel corso delle discussioni criminali, potrà così rendere più di una volta impossibile la dichiarazione della sua indegnità (*supra*, n. 222). Almeno è uopo non rendere più grave tal pericolo, giungendo sino ad affermare che questa dichiarazione non potrebbesi pronunziare contra i suoi eredi, ancorchè fosse morto sol dopo condannato quale uccisore del *de cujus*, e quando il reato e la causa della sua indegnità fossero stati quindi proclamati pubblicamente con apposito giudicato!

Adunque tutto cospira, a parer nostro, a dimostrare che la dimanda d'indegnità può formarsi contro gli eredi dello indegno (confr. Devilleneuve, osservaz. su la precitata decis. della corte di Bordò, 1854, II, 225; G. Bauby, *Rivista crit. di legisl.*, 1855, p. 481); Merlin, Toullier, Delvincourt, Chabot, Zachariae, Taulier è ben vero che non hanno direttamente preveduto la quistione medesima; ma insegnando, come tantosto osserveremo (*infra*, n. 292) che i figli dello indegno premorto non possono rappresentarlo nella successione da cui la sua indegnità avrebbe potuto farlo escludere, se fosse sopravvissuto alla sua apertura; torna evidente che quei giureconsulti permetterebbero *a fortiori* la dimanda d'indegnità contra i figli dello indegno morto dopo l'apertura della successione, ad obbietto di far loro restituire i beni che avessero ricevuti, per trasmissione, da parte dello erede indegno).

280.—Del rimanente, se si ammettesse che la indegnità non possa venir dimandata contra gli eredi dello indegno, crediamo dover questa dottrina essere assoluta, e non esservi luogo ad eccettuare, come alcuni hanno insegnato, il caso in cui la dimanda d'indegnità si fosse formata contro l'indegno, per inferirne che il giudizio potrebbe allora continuarsi avverso i suoi eredi. Di fatti in prosieguo dimostreremo che, a norma dell'art. 957, su cui fondasi tal dottrina, la rivocazione della donazione tra vivi per causa d'ingratitudine non può mai pronunziarsi avverso gli eredi del donatario, anche quando la dimanda si fosse formata contro lo stesso donatario, laddove costui muoia *pendente lite* (confr.; Mourlon, *Rep. scrit.* t. II, p. 25; Bauby, *loc. supra cit.*).

281—3. L'azione d'indegnità ha per iscopo di far dichiarare l'erede escluso dalla successione (art. 727, 729—648, 652);

Or, da un lato, per formare una dimanda giudiziale, è uopo avere interesse; e d'altro lato hanno interesse, nella ipotesi in esame, soltanto coloro i quali trarranno vantaggio dalla esclusione dell'erede dichiarato indegno, ed i quali otterranno, in vece sua, tutta o parte della eredità.

Dunque la dimanda d'indegnità può formarsi unicamente da coloro cui la successione, potrebbe appartenere per risultamento della dimanda istessa.

Di fatti è questa la regola.

Al primo rango degl'interessati si presentano i coeredi dello indegno o i parenti del grado susseguente nella sua linea, o in mancanza di parenti nella linea cui appartiene, i parenti dell'altra linea sino al dodicesimo grado (art. 755, 786—673, 703).

Altronde i successori irregolari possono, come gli eredi legittimi, formare pure tal dimanda; talchè un parente legittimo del defunto, lo stesso figliuolo nato dal suo matrimonio, potrebbe venire così escluso da un figlio naturale riconosciuto, ovvero dallo stato!

282—I donatarii ed i legatarii del *de cujus* potrebbero similmente instituire l'azione d'indegnità avverso l'erede il quale, avendo diritto ad una riserva, pretendesse far loro soggiacere ad una riduzione.

Imperocchè la riserva è dovuta a chi sia erede; e conseguentemente i donatarii e legatarii hanno interesse a far dichiarare l'erede medesimo decaduto dal proprio titolo e farlo escludere dalla successione, essendo il risultamento di questa esclusione di far loro conservare i beni donati o legati dal *de cujus*, sia preservandoli pienamente dalla riduzione, sia almeno facendo loro soggiacere ad una riduzione men grave di quella cui andrebbero sottoposti, se la indegnità non venisse pronunziata contra l'erede riservatario, o contra uno degli eredi riservatarii (confr. Chabot su l'art. 727, n. 21; Duranton, t. VI, n. 119; Duvergier sopra Toullier, t. III, n. 113, nota *a*; Taulier, t. III, p. 436; Marcadé, art. 728, n. 7).

283.—Torna indubitato che tale azione sia trasmessibile agli eredi o successori universali di coloro cui apparteneva, quando questi sieno trapassati, mentre erano ancora in tempo utile per esercitarla; dappoichè l'azione medesima rinviensi allora nella loro successione; e non evvi motivo per pretendere esser dessa ereditariamente non trasmessibile (arg. *a fortiori* dall'articolo 957, 2. comma).

284.—Ma per l'opposto è controversa quistione quella se l'azione d'indegnità possa esercitarsi dai creditori di colui al quale compete.

Parecchi giureconsulti opinano per la negativa:

Se è vero, dicesi, che per regola generale i creditori possono esercitare i diritti e le azioni del proprio debitore, l'art. 1166—1119. ne eccettua *quelli che sono esclusivamente personali*: or tal'è il carattere di una dimanda d'indegnità, la quale si compone soprattutto di elementi di un ordine morale, il cui esercizio va subordinato a considerazioni affatto intime di riguardi, delicatezza ed onore, e che non potrebbesi lasciare ai creditori senza ferire i più nobili sentimenti e senza turbare e sconvolgere le famiglie: dunque è questa un'azione che possono far valere i soli membri della famiglia, o almeno coloro che possono venire ad essi assimigliati, atteso i vincoli di riconoscenza che li legano al defunto, come i donatarii e legatarii di costui (confr. Chabot, art. 727. n. 24; Duranton, t. VI, n. 120; Marcadé, art. 727, n. 7; Taulier, t. III, p. 136; D., *rac. alfab.*, v. *Successione*, p. 277, n. 20; Massé e Vergé, sopra Zachariae, t. II, p. 240).

Quanto a noi, avvisiamo che tal dottrina disconosce il vero carattere dell'azione d'indegnità. Di fatti il legislatore non ha instituito tale azione direttamente nè principalmente nel privato interesse di coloro cui viene conceduta: non ad essi ha inteso dare una soddisfazione, sì bene alla pubblica morale ed al buon ordine della società! Sotto questo punto di veduta l'azione d'indegnità riguarda adunque, sotto alcuni rapporti, l'ordine pubblico; e comunque possa esercitarsi solo in un interesso individuale, non è men vero che essa ha per iscopo una esemplare riparazione, e che la legge la quale la pronunzia supremamente con tale scopo, non può essere intesa nel senso aver essa voluto subordinarne la legittimità e la giustizia alla privata valutazione di colui al qual[e] [...]bisce.

Dunque tale azione esiste nel suo [...]nio; e qualunque possono essere i [...] poli, il legislatore dichiara sempre assoluto che l'azione d'indegnità t[...] suoi beni, e che vi constituisce una [...]zione di eredità: dunque i suoi cre[...] diritto di esercitarla in suo nome ([...]vard, *Rep. v. Indegnità* n. 11, Vaz[...] 727, n. 15, Aubry e Rau sopra Zac[...] IV, p. 167; Mourlon *Rep. scrit.* t. I[...]

285—Quindi puossi porre, a par[...] seriamente in quistione se colui al q[...]pete l'azione d'indegnità possa val[...] rinunziarvi, e se la rinunzia, espres[...]ta, gratuita o interessata da esso fa[...] ducesse il risultamento:

Sia d'impedire ai suoi creditori [...]mentarla dappoi;

Sia d'impedire ai suoi coeredi o a[...] del grado susseguente di sperimenta[...] mente per loro proprio conto.

Nulladimeno è uopo convenire ch[...]dità di tal rinunzia sembra general[...] conosciuta; talchè taluni non sen[...]vervi scorto il minimo dubbio (con[...]ton, t. VI, n. 120, Marcadè, art. 728[...]

Di fatti evvi una ipotesi in cui n[...]rebbe, a creder nostro, alcuna diffic[...] quella in cui l'erede medesimo al [...]parteneva l'azione d'indegnità l'aves[...]tata con lealtà e buona fede, com[...] avesse creduto consentaneo al pro[...]resse: a cagion di esempio, tal sareb[...] in cui avesse transatto con l'erede [...] quale l'azione d'indegnità potevasi [...] con maggiori e minori difficoltà, e c[...] di successi più o meno dubbi (arg. da[...] 2046,—1918). di fatti allora avrebbe il diritto; e nè esso medesimo, nè i[...]ditori in suo nome, nè alcun altro p[...] pretendere esercitare un azione no[...]sistente. Avverrebbe pure lo stesso [...] aver formato la dimanda d'indegnità se passaro in giudicato la decision[...]vesse dichiarata irricettibile (conf. [...] cass. 14, dic. 1813, Fraissinhes, Sir[...] I, 66).

285 *bis*.—Ma supponiamo che col[...] compete l'azione d'indegnità non l'[...] contrario menomamente sperimenta[...]bia assunta tale attitudine da addiv[...]dente che, senza volere egli mede[...]mare la dimanda, suo diretto ed [...]

scopo si è impedire ad ogni altra persona formarla.

Cotesta rinunzia pura e semplice, cotesto assoluto astenimento sarà forse valido ed obbligatorio?

Per l'affermativa puossi sostenere; 1° che ciascuno può liberamente rinunziare al suo privato interesse, e che l'azione d'indegnità risguarda al postutto, nei suoi pecuniari risultamenti, l'interesse particolare di coloro cui la legge l' attribuisce; 2° che se il *de cujus* non può preventivamente cancellare la indegnità col perdono, il principale motivo si è che sarebbe questo una specie di patto intorno ad una futura successione (*supra* n. 226), ma che tale ostacolo non esiste più verso la successione aperta in avvenire; 3° che la opposta dottrina presenta la impronta di un sentimento d'implacabile odio, il quale poteva essere unisono alle idee dell'antica società, in cui pretendevasi *che vi fosse sempre un inesorabile vendicatore delle domestiche insidie e dei reati degli estranei* (Lebrun, lib. III, cap. IX, n. 24), ma il quale ripugna ai nostri attuali costumi, più miti ed umani, e che essa susciterebbe nella famiglia la più deplorabile emulazione di cupidigia; che sarebbe odioso, a cagion di esempio, scorgere un parente, forse remotissimo, accagionare al figlio dell'erede non agire per far dichiarare la indegnità del padre suo, ed ei medesimo instituire il giudizio per appropriarsi la eredità; 4° finalmente che la legge è tale che il parente più remoto non ha interesse, nè conseguentemente qualità per esercitare l'azione d'indegnità, anche quando il parente più prossimo non la eserciti; dappoichè il parente medesimo più remoto la eserciterebbe da ultimo nello interesse del parente più prossimo il quale potrebbe sostenere rinunziare ad esercitarla a solo obbietto di lasciare la eredità allo erede indegno; ma che se costui non debbe conservarla, intende esso medesimo conseguirla in forza della sua ereditaria chiamata (conf. Demante, t. III, n. 30 *bis*, 4).

Tali considerazioni sono al certo gravissime; e non per tanto nutriamo tuttora i nostri dubbii:

Non puossi derogare, con particolari convenzioni, alle leggi che risguardano i buoni costumi e l'ordine pubblico (art. 6 — 7): or tale è indubitatamente il carattere della legge che dichiara alcune cause d' indegnità di succedere: dunque nessuna privata volontà debba poter prevalere alla legge stessa, nè paralizzarne la efficacia. È ben vero che a coloro i quali debbono cavar vantaggio dalla esclusione dello indegno la legge ha affidato l'azione d'indegnità; ed il loro silenzio, nel corso della durata di tale azione può produrre il risultamento di assicurare allo indegno la eredità; ma questo risultamento, come lo stesso Demante ne conviene (*loc. supra*), non poggia sulla idea di perdono; e la pruova si è che esso ha luogo del pari riguardo alle pene, formanti l'obbietto dell'azione pubblica, e le quali trovansi eziandio prescritto, dopo un determinato tempo, con la inazione del pubblico ministero. Ben altra cosa è il perdono, onde colui al quale compete l'azione d'indegnità, dichiarasse non intendere esercitarla! Di fatti che mai sarebbe il perdono medesimo, se non una specie di protesta, sia contro la legge che abbia stabilito la indegnità, sia avverso la condanna pronunziata avverso l'erede? se colui al quale compete l' azione d'indegnità non biasimi effettivamente la legge nè la condanna, ma gli ripugni semplicemente lo esercitare esso medesimo tal dimanda (e ben comprendiamo che i suoi scrupoli e le sue ripugnanze potranno essere naturali ed eziandio onorevolissimi), ebbene! astengasi personalmente; egli il può liberamente, trattandosi di se stesso e della propria iniziativa. Ma ciò che ci pare malagevole ammettere si è che possa rendere assolutamente vana la efficacia della legge, e che giunga al risultamento che l'azione d'indegnità, dalla legge conceduta resti intatta ed integra, e nulladimeno sterile e paralizzata, senza esercitarsi da lui e senza potersi nondimeno esercitare da alcun altro!

Da ciò conchiuderemmo che, ad onta della sua rinunzia, i suoi creditori potrebbero formare la dimanda d'indegnità (arg. dagli art. 788 e 2225 — 705 e 2134). Duranton obbietta *non esser questa una rinunzia in detrimento dei creditori non essendo spettata la eredità al loro debitore* (T. VI, n. 120).

Questa obbiezione, la quale avrebbe potuto essere ben fondata appo i Romani, i quali ammettevano l'azione Paoliana solo riguardo agli atti onde il debitore aveva diminuito il suo patrimonio (L. 6, § 2, ff. *quae in fraud. credit.*), ci sembra oggidì priva di valore; dappoichè l'art. 1167 — 1120 ammette i creditori a far dichiarare nulli indistintamente gli atti fatti dal loro debitore in frode de' loro diritti (conf. art. 788, 1464); ed altronde la stessa azione d'indegnità competeva peraltro al debitore: or

precisamente questa azione i suoi creditori dimandano esercitare (*supra*, n. 284).

Conchiuderemmo altresì che, se il parente cui compete l'azione d'indegnità non la eserciti, l'azione medesima potrà esercitarsi, sia da'suoi coeredi per lo intero, sia da'parenti del grado susseguente. L'azione d'indegnità ha per iscopo effettivamente di conseguire la eredità; e quindi sembra razionale lo applicare a tale azione le stesse regole di accrescimento e devoluzione applicabili alla stessa successione (art. 786 — 703). *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (L. 15 ff *de div. reg. juris*). Laonde la Corte di cassazione nel su riferito arresto (*supra* n. 285), fermò il principio che *un solo dei coeredi può instituire l'azione di indegnità, che egli solo debba trar vantaggio da tutta la eredità se gli altri coeredi si neghino di unirsi a lui per lo esercizio dell'azione medesima.*

È ben vero che il parente più remoto non avrà qualità, finchè non avrà interesse, e che non ha interesse, finchè il parente più prossimo avrà diritto di conseguire la successione, se lo indegno siane escluso. Ma precisamente questa negativa attitudine, tal parte di astenimento affatto passiva il parente più prossimo non ci parrebbe poter serbare; ed avvisiamo che il parente più remoto potrà, egli medesimo esercitando l'azione d'indegnità, porre in causa il parente più prossimo; affinchè abbia a dichiarare se intenda o pur no esercitare questa azione o rinunziare al suo benefizio (conf. Delvincourt, t. II; p. 25, nota 12).

Lo stesso diritto apparterrebbe ad uno dei coeredi dello indegno contro gli altri suoi coeredi, ovvero ad un parente del grado susseguente contro l'unico coerede dello indegno: ma è uopo nondimeno convenire che in questo ultimo caso una singolare conseguenza emergerà dalla dottrina che noi suggeriamo seguitare, cioè che il parente più remoto, il quale avrà fatto escludere lo indegno per la parte per la metà a cagion di esempio, cui era chiamato, si troverà concorrere col coerede dello indegno, parente più prossimo, il quale per altro avrà diritto di conservare la sua quota creditaria, la metà nella specie in esame benchè siasi negato a dimandare la porzione del suo coerede indegno.

Tutto ciò dimostra che la subbietta materia avrebbe richiesto che il legislatore se ne occupasse con maggiore particolareggiamento.

286.— Del rimanente l'azione d'i ci pare divisibilissima, nel senso ch di coloro ai quali la legge l'attribu esercitarla soltanto per la sua parte tivamente l'attore abbia conchiuso co degno sino alla concorrenza della p debbe conseguire in sua mancanza, siduali debbono rimanere allo indegi con una novella sentenza non sarà tresì condannato a rilasciarli (con § 2. e l. 24 ff. *de inoffic. testam.*;a 1470; arresto C. cass. 14 dic. 1813, Fr Sirey, 1814 I, 66: Delvincourt, t. nota 12; Marcadè, art. 728, n. 77

287. — 4° Regolarmente la dir dichiarazione d'indegnità debbesi so al giudice civile; dappoichè è un az le, avente per obbietto pecuniarj in il tribunale competente a conoscero del domicilio dell'erede; dappoichè è azione personale, la quale ha per ca tivamente un fatto personale del re C. pr. — 151).

Se nondimeno venisse dimandata gnità, non per azione principale, ma temente ad una dimanda di division azione di petizione di eredità (com spessissimo in simigliante caso), s competenza del tribunale investito manda principale, val dire quello d lio del defunto (art. 110 C. Nap. — C. pr. Duranton t. VI, n. 116; Duv pra Toullier t. III, n. 112, nota *a*; Du Bonnier e Roustaing, t. III, n. 431)

288. — Demante insegna che do la indegnità dovrà poggiare sopra danna (art. 727, 1. comma) e la se si troverà già aperta nel momento d cizio dell'azion pubblica tendente danna medesima, l'azione di esclusi come l'azione di ristoro del danno tarsi nel tempo stesso ed avanti agli dici dell'azione pubblica, a norma d C. istr. crim. — 5 » (t. III, n. 37 *b*

E di fatti puossi affermare che la di esclusione dalla eredità avver stato condannato precisamente per a nato la morte al *de cujus*, somiglia cuni rapporti, alla dimanda di ristor no, mirando ad impedire che il del consegua il frutto del suo reato e della sua vittima.

289.—5° Quale è mai la durata d d' indegnità?

Semplicissima è la risposta:

A norma dell' art. 2262+2169, tutte le azioni tanto reali quanto personali perdurano trenta anni, salvo che un testo speciale di legge non abbia diversamente disposto (articolo 2264): or nessun testo di legge ha circoscritto a minor durata l' azione d' indegnità: dunque tale azione va regolata dall' art. 2262.

È ben vero che l'art. 1304—1258 dichiara che l'azione di nullità o di rescissione di una convenzione dura soltanto dieci anni, e che uno de' motivi di tale abbreviazione della durata della prescrizione è stato che queste specie di azioni necessitano esami di fatti e pruove, che un più lungo intervallo di tempo potrebbe rendere difficilissimi e spesso anche impossibili: or, da un lato, l' azione d' indegnità offre al certo altresì il carattere di una azione di rescissione, dappoichè tende a far rescindere il titolo di erede contro l'indegno; e, d' altro lato, richiede del pari, sopratutto nel caso contemplato col n. 3, dell'art. 727, un esame di fatti ed una valutazione di circostanze, che, atteso il lungo spazio di tempo, diverrebbero sempre malagevolissimi:

Ciò che risulta da questo ravvicinamento si è che il legislatore avrebbe potuto abbreviare forse eziandio la durata dell'azione d'indegnità; ma il vero si è non averlo praticato; e semplici considerazioni di analogia non potrebbero permetterci di allontanarci dalla regola generale fermata dall' art. 2262; tanto meno in quanto che sotto altro punto di veduta l' azione medesima offre pure il carattere di una petizione di eredità, la quale perdura al certo un trentennio (confr. decis. C. di Bordò 1° dic. 1853, Venayre, Dev., 1854, II, 225; Duranton, t. VI, n. 117; Demante, t. III, n. 37 *bis*, IV.)

290.—C. Ci rimane a disaminare quali sieno le consegnenze della indegnità, quando siasi pronunzinta.

Ma innanzi tutto dobbiamo qui stabilire due importanti proposizioni, cioè: Da un lato, che la decadenza, risultante dalla indegnità pronunziata, applicasi alla chiamata ereditaria propria e personale dello indegno;

E d' altro lato, che questa decadenza colpisce i soli dritti appartenenti allo indegno, in qualità di erede, nella successione soltanto, da cui è stato escluso.

291. E primieramente, diciamo, la decadenza risultante dalla indegnità applicasi alla chiamata propria e personale dello indegno.

Cotesto principio rinviensi fermato nell'articolo 730—653 nel seguente modo:

« I figli dell' indegno, succedendo per ragione propria, e senza il beneficio della rappresentazione, non sono esclusi per la colpa del loro padre; ma questi non potrà in alcun caso pretendere nei beni cadenti nella successione, l'usufrutto che la legge accorda ai genitori sui beni dei loro figli ».

Per contrario, sotto l'impero del nostro antico diritto gli stessi figli dello indegno venivano direttamente esclusi; la indegnità del padre loro li privava della loro chiamata ereditaria propria e personale. Tal era, come abbiamo già osservato, la dottrina sancita con giudicati e che i più chiari giureconsulti insegnavano (*supra*, n. 279).

Dottrina esagerata ed inumana, che l'art. 730 ha precisamente per iscopo di abrogare, quando dichiara che non bisogna che *i figli sieno esclusi per colpa del padre*. Ecco in qual senso il nostro codice ha sancito, in questa materia, il principio della personalità della pena: non già, come si è preteso, nel senso che la indegnità non possa pronunziarsi contra i figli dello indegno, qualora costoro non potessero conservare la eredità da parte del loro autore e per dritto di trasmissione (*supra*, n. 279); ma nel senso che non possono venire colpiti essi medesimi direttamente, per effetto della indegnità del padre loro, nella loro chiamata ereditaria propria e personale.

Nulla di più evidente, nè di più facile, quando l' indegno, essendo sopravvissuto all' apertura della successione, gli stessi figlinoli di lui succederanno di propria ragione, in forza del proprio grado di parentela.

Primo, a cagion di esempio, è stato condannato per aver ucciso suo fratello; e costui aveva per erede presuntivo, sia Primo soltanto, sia Primo ed un altro fratello Secondo. È indubitato che, nel primo caso, i figliuoli di Primo, se fosse solo erede, potranno succedere di propria ragione al loro zio; e nel secondo caso potranno parimente succedervi, se Secondo, altro fratello del defunto, rinunzii o esso medesimo sia indegno (art. 750—672).

Avverrebbe lo stesso, qualora un figlio fosse stato dichiarato indegno di conseguire la eredità del padre: i figlinoli di questo figlio potrebbero al certo succedere all' avo loro, se fossero chiamati essi medesimi di propria ragione alla successione, sia perchè il *de cujus*, non lasciasse altro figliuolo, sia perchè gli altri suoi figli fossero eziandio indegni o rinunzianti (art. 745—667).

292.—Ma suppongasi che colui, il quale

abbia commesso un fatto cui la legge rannoda la indegnità di succedere, sia morto prima dell' apertura della successione.

I suoi figli, se non potessero succedere di propria ragione, potrebbero forse succedere per dritto di rappresentazione?

Primo, a cagion di esempio, è stato condannato per avere tentato di uccidere Secondo, suo padre o suo fratello, o per avere formato contro di lui un' accusa capitale giudicata calunniosa. Egli è morto prima di Secondo; e quando costui mnoia dappoi, rinveniamo nella sua parentela, da un lato, i figli di Primo premorto, nipote del *de cujus*, e d' altro lato, Terzo, altro figlio o altro fratello superstite di questo *de cujus*, il quale accetti la eredità.

I figli di Primo ad evidenza non possono succedere di propria ragione, in forza del loro grado di parentela, a Secondo, loro avo o zio, in concorso con Terzo, figlio o fratello del defunto; dappoichè costui essendo più prossimo di essi per grado nello stesso ordine di parentela, gli esclnderebbe così di necessità.

Ma possono forse succedervi per rappresentazione di Primo loro padre premorto? (art. 740,742—661, 663).

Quistione delicata ed oltremodo dibattnta.

Per sostenere che la rappresentazione è, in questo caso, impossibile, vengono addotti i seguenti argomenti:

1°. Il testo medesimo dell'art. 730, risolve, dicesi, la qnistione in tal senso nel modo più esplicito.

Di fatti, quando dichiara che i figli dello indegno, succedendo per ragione propria, e *senza* il beneficio della rappresentazione, non sono esclnsi per la colpa del loro padre, cioè quando nega loro specialmente in questo caso particolare il benefizio della rappresentazione, l' articolo medesimo suppone di necessità la rappresentazione altronde ammessibile in conformità della regola generale; diversamente tal disposizione non offrirebbe alcun senso; dappoichè era evidente che i figli dello indegno non potrebbero rappresentarlo, qualora la rappresentazione anche sia ammessa a pro dei figliuoli di colui che non sia indegno; d'onde conseguita che l'art. 730, dispone per la ipotesi in cui la rappresentazione fosse stata possibile a norma del dritto comune, e che ne nega precisamente il benefizio ai figli dello indegno, a causa della indegnità del padre loro;

Or la rappresentazione sarebbe stata possibile, a norma del dritto comune, a pro de' figli dello indegno, nel solo caso in cui i loro fosse morto prima dell' apertura de cessione, avvegnachè; a norma dell'art 666, non si rappresentano le persone v

Se di fatti i figli dello indegno viver possono rappresentarlo, la ragione n essere indegno, il motivo è ben divers to più decisivo effettivamente! ed il q anche permette addurne altro; la ra è essere vivente! si è non essere vuot posto!

Dunque precisamente ed unicamen caso di premorienza dello indegno l'ar è stato scritto, unico caso in cui l' medesimo sia suscettivo di un senso e plicazione.

2° Aggiugnesi che tal disposizione è na ai principî in materia di rappresent

Di fatti il rappresentante può avere mente i dritti che avrebbe avuti il rap tato, se fosse direttamente succeduto 739—660); ed è questa la ragione pe norma dell'art. 848—767, il figliuolo i succeda per rappresentazione debbe p collazione ciò che erasi donato a suo eziandio nel caso in cui avesse rinunzi sua eredità: *qui alterius jure utitur, jure uti debet;*

Or l' indegno, se fosse sopravvissut avrebbe potuto conservare alcuna par eredità;

Dunque i suoi figli neppure ne poss mandare, alla sua rappresentazione, parte: dunque potrassi *dimostrare la i tà contro gli ascendenti dello indeg privarli del benefizio della* rappresen (confr. Delvincourt, t. II, p. 25, nc Merlin, *Rep.*, v. *Rappresentazione*, § 3, n. 7; Zachariae, Aubry e Rau, t 176, e 184; Taulier, t. III, p. 138; D *alfab.* (nuova ediz.) v. *Success.*, t. 498, n. 60; Devillenenve su la decis. di Bordò del 1° dic. 1853, 1854, II, 2 ta (5)).

Non ammettiamo tal dottrina, ed av poter dimostrare esser contraria, sia cipî in materia d' indegnità; sia ai prin materia di rappresentazione; sia allc ziale intendimento, che ha inspirato la sizione dell' art. 730; e stabilita quest strazione, ci riuscirà agevole provare c ticolo medesimo effettivamente non d ciò che si è voluto fargli dichiarare:

1°. Abbiamo testè osservato che la i tà non puossi incorrere, quando il

che abbia commesso uno dei fatti cui la legge la rannoda, sia morto prima dell' apertura della successione di colui verso il quale erasi renduto colpevole (*supra*, n. 278);

Or precisamente in questa ipotesi e sotto questa condizione, val dire sol quando il padre loro sia premorto i figli possono rappresentarlo (art. 744—666);

Dunque la pretesa indegnità del rappresentato non potrebbe mai formare ostacolo alla rappresentazione; dappoichè non è stato mai nè ha potuto essere colpito dalla indegnità. Per poter essere crede indegno, è uopo di necessità primieramente essere erede: *prius oportet esse quam esse tale!* e, sotto questo rapporto, la espressione contenuta nell' articolo 730 *i figli dello indegno* dimostra che il legislatore contempla unicamente il caso in cui lo *indegno* sia sopravvissuto all' apertura della successione.

2°. I principî della rappresentazione non sono meno contrarî dei principî della indegnità alla tesi da noi oppugnata.

Di fatti, come tantosto dimostreremo, lo stesso rappresentante, direttamente e personalmente, trovasi chiamato alla successione; da ultimo è desso lo erede; non è desso il rappresentato, essendo morto prima dell' apertura della successione;

Or appunto in persona di chi succede, nella sua persona unicamente, e non altrove, è uopo investigare se abbia le qualità richieste per succedere, se non sia incapace nè indegno (art. 725, 726, 727—646, 647, 648);

Dunque, non da parte del rappresentato, il quale non è suscettivo di alcuna qualità qualsivoglia, essendo attualmente un nulla, è uopo disaminare se chi succeda sia capace e non indegno, sì bene unicamente da parte del rappresentante, solo erede, ed il quale solo può esserlo! E la pruova si è che se il figliuolo stesso del delinquente premorto si fosse renduto indegno della successione, non potrebbe succedere, ne anche per rappresentazione di suo padre (confr. Marcadè, art. 730, n. 3).

Obbiettasi che il rappresentante può avere i soli dritti che avrebbe avuti il rappresentato. Ciò è indubitato, nel senso che la legge gli accorda la stessa porzione ereditaria, la stessa quota; ed è questa la ragione per cui essa l' obbliga a porre in collazione le donazioni fatte dal *de cuius* al rappresentato (art. 848—767). Ma il *quantum* dei beni che il rappresentato ottiene, in forza della rappresentazione, è ben diverso dalla chiamata ereditaria, in forza di cui gli ottiene; avvegnachè se consegue i dritti che il rappresentato avrebbe avuti, li consegue in forza d' una chiamata ereditaria a lui esclusivamente propria e personale, ed il cui risultamento, sotto questo rapporto, è unicamente di derogare a suo pro alla regola della prossimità dei gradi.

Come! i figli potevano (quando esistesse il morto civile) rappresentare il padre loro morto civilmente, val dire nel caso in cui fosse incapace di conseguire una eredità qualsivoglia; e non potrebbero rappresentarlo, qualora avesse commesso un fatto suscettivo di renderlo indegno, se fosse sopravvissuto all' apertura della successione, val dire per una causa affatto relativa e particolare, altronde sussistita in germe, e che non ha mai potuto produrre il suo effetto!

3°. Finalmente cotesta tesi ci pare direttamente in opposizione con lo essenziale pensiero che dettò l' articolo 730. Quale è mai tal pensiero? Lo stesso articolo lo formola in termini chiarissimi; val dire che non vuole che *i figli sieno esclusi per colpa del padre loro:* or è manifesto che i figliuoli verrebbero colpiti, per colpa del padre loro, nella lor chiamata ereditaria propria e personale, se venissero privati del benefizio della rappresentazione, benefizio, ripetiamolo, che la legge conferisce ad essi medesimi direttamente e personalmente; dappoichè se il padre loro non si fosse trovato in un caso possibile d' indegnità, lo avrebbero rappresentato, ad onta della sua incapacità, o piuttosto a causa anche della sua incapacità: dunque, se s' impedisca loro di rappresentarlo, ciò accade unicamente a causa della indegnità che avrebbe potuto egli medesimo incorrere, se fosse sopravvissuto, ed alla cui pena soggiacerebbero i soli figliuoli.

La nostra antica giurisprudenza francese avova, su questo subbietto, sospinto il rigore, e, convien dirlo, la ingiustizia, sino ad escludere i figliuoli, ancorchè succedessero di propria ragione. Ebbene! eziandio sotto questo sistema, eransi trovati giureconsulti, i quali volevano che i figli avessero sempre dritto al benefizio della rappresentazione, *mercè di cui*, diceva Bouhier *la eredità del defunto passa immediatamente al rappresentante senza passare in persona del rappresentato* (su la cons. di Borgogna, cap. LXXIII, n° 71; *ved.* pure Pothier, *loc. infra cit*).

Or torna impossibile che il novello legislatore, il quale ha precisamente voluto abrogare le durezze dell' antico dritto, siasi mostrato,

su questo punto, più rigoroso ed inumano che non erasi un tempo!

4°. Non è ciò quanto risulta dai termini dell'art. 730. Abbiamo già osservato che, trovandosi adoperata in quello articolo la espressione *i figli dello indegno*, il legislatore suppone di necessità che costui sia sopravvissuto all'apertura della successione. Aggiugniamo che la pruova ne discende manifestamente altresì dalla finale disposizione dell'articolo, a norma di cui l'indegno non può in verun caso pretendere, su' beni ereditari, l'usufrutto dalla legge conceduto a' genitori su' beni dei loro figliuoli: dunque si suppone che lo indegno sia vivente, dappoichè gli si oppone l'usufrutto legale dei beni della eredità devoluta ai figliuoli di lui.

Ma, dicesi, in questo sistema, la espressione adoperata nell'art. 730; *senza il beneficio della rappresentazione* diviene affatto inutile.

A questa obbiezione faremo due risposte:

La prima che è meglio ravvisare nella legge una inesattezza di redazione che una disposizione opposta alla equità ed ai principî: or questa inesattezza trovasi qui dimostrata; e se ne rinvengono altronde, nel nostro titolo medesimo, altri esempî molto più convincenti. Laonde l'art. 787—704 dichiara che *non si succede giammai rappresentando un erede che ha rinunciato;* val dire che è questa una speciale disposizione, dinotante espressamente che l'art. 744 aveva già positivamente dichiarato che *non si rappresentano le persone viventi*. Ciò posto, è uopo forse sorprendersi sì gravemente di rinvenire una inutilità di tal genere in una frase meramente incidente, in un semplice inciso dell'art. 730, il quale precede, nell'ordine del Codice, gli articoli in cui trovansi fermate le regole della rappresentazione?

La nostra seconda risposta si è che con la massima verosimiglianza tali espressioni adoperate nell'art. 730 saranno state desunte dai compilatori del codice dal *Trattato su le successioni* di Pothier. Ecco effettivamente in quali termini Pothier, dopo avere esaminato la quistione medesima, formulava la sua conclusione: *Ciò è perchè debbesi statuire che i figliuoli dello indegno non possono succedere per rappresentazione, quando sia vivente, ma che il possono quando sia premorto* (*delle Success.*, cap. II, sez. I, § 2). Tale è ad evidenza altresì il pensiero degli autori dell'articolo in disamina, i quali avevano forse pre-

sente, così compilandolo, il testè ri
luogo di Pothier. Pongasi mente che
l'impero dell'antico dritto, il rappres
era similmente tenuto di porre in co
le donazioni che il rappresentato ave
vuto dal *de cujus*: gli art. 307 della co
dine di Orleans e 308 della consuetu
Parigi racchiudevano, su tal punto, la st
gola fermata dall'art. 848+767; e qu
gola non impediva a Pothier di conc
benefizio della rappresentazione ai figl
avrebbe potuto esser dichiarato indeg
fosse sopravvissuto all'apertura della
sione (confr. Duvergier sopra Toullier
n. 442, nota 6; Favard de Langlade,
cess., sez. II, § 4; Duranton, il quale,
ver seguitato la opposta dottrina, è to
abbracciar questa nella ultima edizio
sua opera t. VI, n. 431; Demante, t,
39 *bis*, II; Marcadè, art. 730, n. 85; I
roy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 435;
e Vergè sopra Zachariae, t. II, p. 247

Più giureconsulti esprimonsi intorno
sto subbietto in modo equivoco; e me
segnano che i figli dello indegno posso
cedere soltanto per propria ragione e s
benefizio della rappresentazione, se
nulladimeno supporre sempre che lo i
sia sopravvissuto all'apertura della su
ne. La corte di Bordò, nella sua de
di 8, dicembre 1853, (Venayre, D. 18
457), parrebbe aver fatto altresì ques
fusione; avvegnachè, nella specie di
decisione, lo indegno era sopravvissut
cujus. È manifesto che tali documen
potrebbero avere molta autorità nella qu
(confr. Chabot. art. 730, n. 4).

Da ultimo possiamo aggiugnere che
ce austriaco (art. 544), ed il codice de
giana (art. 897) dispongono positivame
i figli di coloro i quali sionsi renduti i
possono rappresentarlo (Antonio de S
seph, Concordanza, p. 38).

293.—In secondo luogo abbiam de
pra, n. 290) che la decadenza, risulta
la indegnità, applicavasi:

1°. Alla sola successione del defunt
tivamente a cui il fatto dello indegno
commesso;

2°. In questa successione, ai soli dri
lo indegno era chiamato a conseguire ne
qualità di erede.

E ciò è logico: di fatti soltanto da
successione positivamente lo indegno
escluso come erede (art. 727—648):

guentemente deve perdere i soli dritti rolativi alla successione medesima, e quelli unicamente che vi aveva *jure hæredis*.

293. *bis*.—Non pertanto l'art. 730, apporta a questa regola una notevole eccezione, quando dichiara che lo indegno non può in verun caso pretendere, su' beni ereditari, l'usufrutto dalla legge conceduto ai genitori sui beni dei figliuoli. Ben si comprende che il legislatore, il quale non volova, come praticava il nostro antico dritto, escludere i figli per colpa del padre loro, neppure abbia voluto che la chiamata dei figliuoli giovasse immediatamente a costui; o quindi non ha permesso che lo indegno traesse vantaggio dalla successione medesima, eziandio nella sua qualità di padre ed in forza del suo usufrutto legale. Questa disposizione è ben dimostrata indubitatamente; ma da ultimo è questa una eccezione da non potersi estendere.

294.—E primieramente, diciamo, è evidente che la esclusione risultante dalla indegnità è unicamente relativa, come la causa da cui procede, alla successione del defunto, riguardo a cui l' erede abbia commesso uno de' fatti contemplati dall' art. 727.

Dunque l' indegno può conseguire ogni altra eredità, sia per propria ragione, sia per rappresentazione di colui dalla successione del quale è stato escluso come indegno. Appunto in tal senso Pothier insegnava che la *diredazione non fa perdere i dritti di famiglia* (*delle Success.*, cap. 1, sez. II, art. 4, quist. 1.) Possiamo affermare altrettanto della indegnità.

È indubitato che chi sia stato dichiarato indegno di conseguire una eredità può poscia di propria ragione conseguire altra eredità.

Aggiugniamo pure che potrà conseguirla per rappresentazione di colui dalla successione del quale è stato escluso come indegno. Di fatti il rappresentante non ritrae i suoi dritti dal rappresentato; e la pruova si è che puossi rappresentare colui alla eredità del quale siasi rinunziato (art. 744—666). La stessa legge chiama il rappresentante ed il rende direttamente e personalmente erede di colui alla succession del quale il chiama, facendogli occupare il grado vuoto per la premorienza del parente più prossimo: or dall' essere stato il rappresentante escluso come indegno dalla successione del rappresentato, nessun testo di legge desume la conseguenza essere impossibile la rappresentazione; e tal conseguenza non risulta vieppiù dai principi del subbietto medesimo. Se dunque, a cagion di esempio, un figlio sia stato escluso come indegno dalla successione del padre, nulla non pertanto dappoi potrà ostargli di succedere a suo avo, val dire al padre di suo padre per rappresentazione di costui (confr. Duranton, t. VI, n. 132; Marcadè, art. 730, n. 87).

295.—Dalle quali cose conseguita che, anche ammettendo la dottrina per noi testè oppugnata (n. 292), ed a norma di cui, in caso di premorienza del padre loro prima dell'apertura della successione, i figli non potrebbero rappresentarlo nella successione medesima, di cui avrebbe potuto esser dichiarato indegno se fosse sopravvissuto: ammettendo, diciamo, questa dottrina, bisognerebbe ancora statuire che i suoi figli potrebbero rappresentarlo in ogni altra successione. E ciò è evidente; dappoichè non mai nella successione di colui verso il quale il padre loro avesse commesso un fatto d' indegnità avrebbero rinvenuto il benefizio della rappresentazione, essendo tal benefizio conferito loro direttamente dalla stessa legge.

Se dunque suppongasi che Primo siasi renduto indegno di succedere a Secondo, suo padre, il quale abbia ancora egli medesimo suo padre, Terzo, e che Primo muoia prima di Secondo, suo padre, e Terzo, suo avo, il figliuolo che lascerà potrà al certo, in tutti i sistemi, succedere a Terzo suo bisavo, per rappresentazione di Primo, suo padre, e di Secondo, suo avo. Indarno gli si opporrebbe che Primo suo padre, sarebbe stato indegno di succedere a Secondo, suo proprio padre, e suo avo a lui; dappoichè noi supponiamo trattarsi non della successione di Secondo, ma di quella di Terzo; e Primo, circa la successione di Terzo, suo avo, non sarebbe stato indegno (confr. Duranton, t. VI, n. 132-133; Massè e Vergè sopra Zachariae, t. II, p. 239).

296.—E l' indegno potrebbe conseguire ogni altra eredità, anche quando la eredità, dalla quale fosse stato escluso per causa d' indegnità si trovasse nella nuova eredità, cui venisse chiamato.

Quindi, a cagion di esempio, Primo è stato escluso, come indegno, dalla eredità di Secondo, suo padre; e la eredità stessa si è conseguita da Terzo, suo zio, fratello di Secondo.

Primo potrà al certo, come erede di Terzo, suo zio, conseguire tutti i beni provegnenti dalla eredità di Secondo, suo padre.

Laondo i Romani statuivano che chi sia stato dichiarato indegno dalla eredità di Tizio, per avere oppugnato il costui testamento, pos-

sa dappoi succedere a Sempronio, il quale abbia conseguito la eredità di Tizio: *Quia non principaliter in Titii hæreditatem succedit* (L. 7, ff. *de his quæ ut indig.*).

Non pertanto sembra che la nostra antica giurisprudenza si mostrasse, all' obbietto , più severa; e parecchi pretendevano che l' uccisore non potesse mai trar vantaggio *direttamente nè indirettamente*, almeno circa gl'immobili, dalla eredità dell' ucciso: eccettuavasene il solo omicidio commesso *in casu permisso* (confr. Lebrun, lib. III, cap. IX, n. 7-9 ; Lacombe , v. *Indegnità*, n. 5. *ved.* nondimeno Pothier, delle *Success.*, cap. II, sez. II, art. 4. quist. 4).

Ma oggidì la nostra regola non comporta veruna di tali distinzioni:*hæreditas adita jam non est hæreditas, sed patrimonium hæredis*; tanto più che il nostro novello dritto non ammette in avvenire alcuna indagine su la origine dei beni per determinare la successione (art. 732—655).

297.—Supponiamo pure la seguente ipotesi: Primo è stato escluso, per causa d' indegnità , da una eredità , che è stata raccolta , in suo luogo e vece , dai suoi figli minori.

Uno di essi , trapassando di poi senza figli, avverrà che non solo Primo conseguirà la sua parte come erede , nella eredità di suo figlio trapassato , ma che avrà eziandio l' usufrutto legale della parte ereditaria devoluta agli altri suoi figli, se costoro sieno minori di diciotto anni (art. 384—298). Indarno invocherebbesi contro di lui l' art. 730; avvegnachè non trattasi più dell' usufrutto dei beni della successione da cui è stato escluso come indegno, ma della successione di suo figlio, da cui trovasi tanto meno escluso come indegno in quanto che esso medesimo ne ha conseguito la sua parte come erede.

298.—Similmente suppongasi il caso di una donna maritata sotto la regola della comunione, ed i cui figliuoli , minori di diciotto anni, conseguano una successione dalla quale viene esclusa per causa d' indegnità: è manifesto che suo marito, il padre dei figli avrà del pari l' usufrutto legale dei beni della eredità che essi raccolgono ; e non pertanto avverrà quindi che la stessa madre caverà profitto dell' usufrutto medesimo che l' art. 730 le nega: che essa ne profitterà , diciamo, dividendo i beni della comunione impinguata dei frutti e rendite della successione medesima. È ben vero; ma non ne caverà profitto nè come erede, *jure hæredis* , nè come godente essa medesima l' usufrutto legale: ella ne caverà profitto in forza delle sue convenzioni matrimoniali , di cui la sua indegnità , tutta relativa ai beni della stessa eredità , non potrebbe alterare gli effetti in suo detrimento. Ciò che bisogna dire semplicemente si è che ella medesima non avrebbe dritto all' usufrutto legale dei beni ereditari, se l'usufrutto del padre cessasse (art. 730—653; confr. Demante, t. III, n. 39 *bis*, III).

299.—L' indegno rimane privo di tutti i dritti, che avrebbe avuti , *jure hæredis* nella eredità del *de cujus* ; di tutti quelli , ma di quelli soltanto.

Di tutti quelli, diciamo;e conseguentemente l' indegno, anche quando fosse riservatario rimarrà sempre privo di ogni parte; avvegnachè la riserva è nella eredità, e può ottenersi unicamento *jure hæredis* (art. 913,915,921 ec.—829,831,838).

Di quelli soltanto; e quindi è uopo conchiuderne che la indegnità non produce contro di lui la rivocazione delle donazioni tra vivi, che il *de cujus* avrebbe potuto fargli , eziandio per anticipazione di eredità.

È indubitato che tali donazioni non vadano soggette a collazione;avvegnachè la collazione è dovuta dal solo coerede al proprio coerede (art. 843, 857—762,776): or l'indegno, una volta pronunziata la indegnità , reputasi non essere stato erede, come se avesse rinunziato alla eredità (art. 785 e 845—702 e 764 ec).

Dunque queste donazioni potrebbero venire soltanto rivocate per causa d'ingratitudine, a norma del dritto comune in questa materia (art. 955,956,957—880,881,882); e conseguentemente bisognerebbe all' obbietto non essere state fatte a pro di matrimonio (articolo 959—884).

Nulladimeno non potrebbesi negare che tali principi possono produrre risultamenti funesti: potrebbe accadere quindi , a cagion di esempio (secondo la novella giurisprudenza), che il figlio indegno ed ingrato conservasse , ad onta della sua dichiarata indegnità , la riserva e la quota disponibile !

Devilleneuve e Dalloz parrebbero divisare che tali risultamenti sieno impossibili; avvegnachè, in occasione di una decisione della corte di Bordò , da noi più volte citata , e la quale ha dichiarato rivocata una donazione fatta allo indegno dal *de cujus*, i nostri dotti colleghi esprimonsi così:

« Questi modi di decidere ci sembrano una giusta conseguenza del principio predominan-

te in tal materia, *il quale non vuole che alcuna porzione della eredità della vittima passi allo indegno o a' suoi rappresentanti.*» (Devilleneuve, 1854, II, 227, nota 6-7).

Questo modo di decidere è l' applicazione incontrastabile dei principii in materia di successione (Dalloz, 1854 II, 158, nota 2).

Ma avvisiamo che i principî, in materia di successione, non producano per contrario alcuna conseguenza simigliante, e, a norma di tali principii, lo indegno, colpito semplicemente come erede, non può esserlo come donatario (art. 727—618).

Laonde, nella specie giudicata con la decisione della corte di Bordò, è da por mente che la donazione erasi fatta dall' autore della eredità allo indegno, sotto condizione del dritto di riversione a pro del donante pel caso di premorienza del donatario; e se la Corte ha dichiarato risoluta la donazione, ha ciò praticato in forza dei principî in materia di successione, ma pel motivo che il donante, *col reato commesso in persona di sua madre (da lui assassinata), ha rimosso gli eventi di sopravvivenza a pro di costui, e renduto impossibile lo avveramento della condizione che poteva dare adito al dritto di ritorno; per modo che questa condizione deve in conformità dell'art.* 1178—1131, *considerarsi avverata* (V. all' uopo il numero seguente).

300.—Similmente l' indegno non rimane privo dei beni, che colui dalla successione del quale è stato escluso doveva restituirgli in forza di permessa sostituzione (art. 1048; 1049—1003, 1004); dappoichè consegue quei beni non come erede del gravato, *a gravato*, ma come donatario o legatario dell' autore della sostituzione, *a gravante* (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. 1, sez. II, art. 4, § 1, quist. 4).

E non essendo neppure donatario o legatario del *de cujus*, relativamente alla sostituzione medesima, non potrebbesene dimandare la rivocazione per causa d' ingratitudine verso di lui.

Dunque ciò che potrebbesi fare semplicemente, in simigliante caso, sarebbe, sia dimandare contro il chiamato il ristoro dei danni-interessi da parte della eredità del gravato; sia qualora il chiamato avesse ucciso il gravato, applicare la dottrina sancita con la su citata decisione della corte di Bordò, e di dichiarare caduco il dritto del chiamato; dappoichè avendo, col suo reato, rimosso lo evento di sopravvivenza a pro del gravato, non potrebbe in avvenire pretendere che la condizione della sua sopravvivenza abbia potuto avverarsi (*supra*, n. 299).

Ed eziandio questo ultimo mezzo, su cui si è poggiata la corte di Bordò, sarebbe oppugnabilissimo, massime se vi fossero altri chiamati a pro di cui si avverasse la sostituzione. Ci parrebbe di pericolosa conseguenza il fermare per principio che la condizione, essendosi avverata mercè un fatto criminoso del creditore o del proprietario, costui deve trovarsi decaduto dal suo credito o dalla sua proprietà. Ed il più sicuro partito sarebbe pure, considerando trovarsi avversata la sostituzione, scorgere qui una semplice quistione di ristoro di danni-interessi.

301.—Prefissi ora i limiti in cui debbonsi circoscrivere le conseguenze della indegnità, passiamo a determinare quali sieno tali conseguenze, sia riguardo agli eredi, sia riguardo ai terzi.

A.—Relativamente ai coeredi o agli eredi del grado susseguente, o dei legatari o donatari in alcuni casi (art. 1004—930), in somma, *riguardo ai suoi avversari*, come dice Ducaurroy (t. III, n. 433), l' erede dichiarato indegno reputasi non avere giammai avuto la qualità di erede, nè conseguentemente la proprietà dei beni ereditarî. Sotto questo punto di veduta, la risoluzione del suo titolo è compiuta; ed essa retroagisce al giorno medesimo dell' apertura della successione (arg. dell'art. 1183—1136; confr. decis. C. di Rouen 21 pratile anno XII, Piel; 2 messidoro anno XIII, Piel, Dev., e Carr., *Collez. nuova*, 2, II, 60 e 66).

Abbiamo osservato che in Roma avveniva diversamente, e che la indegnità pronunziata non cancellava la qualità indelebile di erede nella persona dello indegno (*supra*, n° 273).

La nostra antica giurisprudenza aveva pure conservato qualche traccia della regola romana; e quindi parecchi autori, applicando i principî della indegnità alle disposizioni a titolo gratuito, insegnavano che il legatario instituito in primo ordine ancorchè escluso come indegno, ostava sempre all' apertura della successione volgare a pro del legatario instituito in secondo ordine (confr. Julien, Inst, lib. II, tit. XV; de Montvallon, *delle success.*, cap. III, art. 2).

Noi avvisiamo doversi per contrario oggidì dichiarare aperta, in simil caso, la sostituzione volgare, benchè nulladimeno siavi luogo unicamente, in materia di disposizioni testa-

mentarie, non alla esclusione per causa d'indegnità, ma alla rivocazione per causa d'ingratitudine. Altrove torneremo a ragionare su tal punto (confr. art. 898, 1046, 1047—936, 1004, 1002; arresto C. cass. 22 giugno 1847, Gonthey, Dev., 1847, 1, 673).

Con arresto anche più recente, la corte di cassazione ha novellamente sancito la stessa dottrina in una formola che ci sembra ottima e di cui adottiamo pienamente i termini:

« Atteso ... che la dichiarazione d'indegnità; *simile, pei suoi effetti, alla incapacità*, facendo sparire compiutamente la disposizione testamentaria e rendendola caduca, ne conseguita che il dritto di accrescimento apresi a pro dell'altro collegatario... » (Arresto 13 nov. 1855, Labargne, D., 1856, 1, 185).

302.—Il titolo dell'erede indegno trovandosi così risoluto *ut ex tunc*, riguardo ai suoi avversari, ne conseguita esser tenuto restituir loro:

1° Tutti i beni ereditari o tutta la parte da lui avuta nei beni medesimi;

2° Tutti i frutti e gli interessi che ne abbia ritratti.

1° È tenuto restituire, diciamo, tutti i beni ereditari con le loro dipendenze ed i loro incrementi.

Niente di meno; avvegnachè non deve conservare alcun vantaggio della successione da cui trovasi escluso;

Niente di più; dappoichè coloro i quali lo fanno escludere non debbano arricchirsi in detrimento dei suoi beni particolari.

302 *bis*.—Non pertanto i Romani statuivano che i dritti reali o personali, esistenti a pro dello indegno contro la successione, ed estinti dalla confusione, non dovevano risorgere *confusas actiones restitui non oportet* (L. 8, l. 17, l. 18, § 1, ff. *de his quæ ut indign.*, l. 29, § 1, ff. *de jure fisci*).

È questa una conseguenza del principio, a norma di cui lo indegno conservava il titolo di erede: conseguenza di eccessivo rigore, comunque rattemprata da eventi di reciprocanza; dappoichè le azioni della eredità avverso lo indegno estinte mercè confusione neppur sembravano dover risorgere (*supra*, numero 273).

Quindi il nostro antico diritto francese non aveva ammesso tal conseguenza; e precisamente in tale occasione gli autori scrivevano « che la sola proprietà incommutabile produce una confusione similmente incommutabile. » (Lebrun ed il suo annotatore Espiard, lib. III, cap. IX, n. 25; Rousseau de la Combe, v. *tà*, n. 10).

E viemeno bisogna esitare a dire o tutti i dritti personali o reali, che la tanea confusione aveva estinti, sia della successione contro l'indegno, si te dello indegno contro la successior gerebbero, da ambe le parti, dopo pr ta la indegnità (confr. art. 1300, 217 2071; Toullier, t. III, num. 116; D t. VI, n. 124-125; Chabot su l'art. 7. Malpel, n. 58; Demante, t. III, n. 38 Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II Marcadé, art. 729, n. 3; Aubry e R Zachariae, t. IV, p. 174; Massé e Ver t. II; p. 247.)

303. — Che lo indegno escluso d cessione non possa più agire contro i ereditari, nè esser convenuto in giu creditori o dai legatari, è ciò natur guenza della risoluzione del suo titol tanto meno difficoltoso ammetterla ne dritto francese, in quanto che gli st mani statuivano che lo indegno, co conservasse il titolo di erede, e gli ef la confusione venissero mantenuti, n no non rimaneva più sottoposto a' pe tari: *onus aeris alieni non spectare* (L. 18, § 1, ff. *de his quae ut indig* mante, t. III, n. 39 *bis*, II; Massé e Ver Zachariae, t. II; p. 247.)

304. — Circa i miglioramenti ed i ramenti fatti dallo indegno su' beni e è uopo osservare le regole del dritto osservate in tutte le altre simili circo in cui si stabilisce un determinamen genere fra il proprietario rivendicai possessore evinto, riflettendo che il l re sembra qui considerare lo indeg possessore di mala fede (confr. il nos n. 218—219, ed il nostro t. IX, nun seg.; Aubry e Rau sopra Zachariae, t 173, e t. I, p. 467.)

305. — 2° Relativamente a' frutti interessi, l'articolo 729— 652 si esp seguenti termini:

« L'erede escluso come indegno d « cessione, è obbligato a restituire tut « ti o proventi de' quali avesse godi « aperta la successione. »

Sotto la espressione *tutti i frutti* o *ti* è uopo comprendere effettivament frutti, sia naturali o industriali, sia c me pigioni di case, annualità di renc teressi di capitali impiegati, riscossi

de dopo l'apertura della successione; dappoichè la volontà della legge è al certo di privarlo di tutto il benefizio del suo titolo, come pratica riguardo ai possessori di mala fede (art. 438 e 549 — 144 e 474.)

Ed all'obbietto, abbiamo già osservato la differenza esistente tra la esclusione da una successione per causa d'indegnità e la rivocazione di una donazione tra vivi per causa d'ingratitudine; avvegnachè, a norma dell'art. 958 — 883, il donatario deve per contrario i frutti a principiare dal giorno della dimanda (*supra* n. 279).

306.—L'indegno dovrebbe forse restituire i frutti e gl'interessi da lui percepiti dopo la apertura della successione, eziandio nel caso in cui la causa della indegnità fosse sorta nella sua persona posteriormente all'apertura medesima; quando, per esempio, nel caso contemplato dall'art. 727, n. 3, — 648, non avesse avuto cognizione della uccisione del defunto, ovvero quando fosse giunto alla maggiore età dopo la morte del *de cujus?*

L'assoluto testo dell'art. 729 non ci sembra comportare, su tal punto, veruna distinzione.

Puossi obbiettare, in dritto, che essendo lo erede di buona fede, finchè la causa d'indegnità non esistesse in lui, ha dovuto far suoi i frutti riscossi, non solo come possessore, ma eziandio come proprietario; ed in fatto, che la soluzione la quale lo astringesse alla restituzione di tali frutti sarebbe eccessivamente rigorosa; dappoichè sarebbe possibile che gli avesse già consumati, e quindi si trovasse oltremodo impoverito ne'propri beni, o forse anche in rovina (Confr. Marcadé, articolo 729, num. 82).

Risponderemo, il ripetiamo, che il testo lo obbliga indistintamente a restituire, in tutti i casi, i frutti *dopo aperta la successione;* dappoichè di fatti intendimento della legge si è che deve sempre restituiro la eredità *cum omni causa*, e al postutto, se tal disposizione possa avere rigorose conseguenze, spetta all'erede lo schivarle, denunziando la uccisione del defunto, cioè non rendendosi indegno. *Sibi imputare debet;* e ciò precisamente lo differenzia dai possessori di buona fede ordinari, i quali non avessero alcun mezzo di sottrarsi a tali arretrate restituzioni, se vi fossero sottoposti (confr. Demante, t. III, n. 38 *bis*, I; Mourlon, *Rep. scrit.* t. II, p. 26).

307. — Evvi una opinione onde viene insegnato che lo indegno debba gl'interessi di tutte le somme capitali provegnenti dall'attivo ereditario, dalla rimborsazione de'capitali o delle rendite, del prezzo dei beni venduti, ec., a principiare dalle epoche in cui gli abbia riscossi, anche quando gli avesse ritenuti presso di lui: il motivo si è, dicesi da un lato, che lo indegno viene legalmente considerato come possessore di mala fede; e, d'altro lato, il possessore di mala fede trovasi constituito in mora di pieno dritto, mercè la ricezion della cosa, a norma degli art. 1302 e 1378 — 1256 e 1332 (confr. Domat, *Leggi civ.*, lib. I, tit. 1, sez. III, n. 12; Merlin, *Rep.* v° *Indegnità*, n, 15; Duranton, tom. VI, n. 132; Marcadè, art. 729, n. 2; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, pag. 173; Vazeille, articolo 729, n. 21.)

Per contrario avvisiamo che gl'interessi di tali somme sarebbero dovuti dallo indegno dal giorno della dimanda, eccetto quando venisse dimostrato averle adoperate a suo uso; nel qual caso ne dovrebbe gl'interessi a principiare dal giorno dell'uso medesimo (articolo 729 — 652, ed arg. dall'art. 1996 — 1868).

Ma relativamente alle somme ritenute presso di lui, gl'interessi, a paror nostro, decorrerebbero a suo carico a principiare dal dì della dimanda:

A norma dell'art. 1153 — 1107, la regola generale si è gl'interessi esser dovuti dal giorno della dimanda, tranne nel caso in cui la legge li faccia decorrere di pieno dritto: or nessun testo di legge fa decorrere gl'interessi medesimi di pieno dritto contro l'indegno: dunque sono dovuti dal giorno della dimanda.

Ben lungi dall'esservi un testo speciale che deroghi, in tal congiuntura, alla regola, per contrario l'art. 729 ne fa qui pure l'applicazione. L'erede, dichiara quello articolo, è obbligato a restituire tutti i frutti o proventi *dei quali avesse goduto*; espressione dimostrante che il legislatore gl'impone l'obbligo di restituire le rendite e gl'interessi da lui effettivamente riscossi, val dire tutta la eredità coi suoi incrementi, *cum omni causa*.

Relativamente all'articolo 1378 — 1332, è uopo riflettere che nella ipotesi da esso contemplata, chi abbia ricevuto di mala fede la cosa altrui, trovasi in mora di restituirla sin dal giorno stesso in cui l'abbia ricevuta. Ma la indegnità non avendo luogo di pieno dritto e dovendosi dimandare giudizialmente, ne conseguita non potersi sostenere che l'indegno sia stato di pieno dritto in mora di resti-

tuire i capitali sin dal giorno in cui gli abbia ricevuti.

Soggiugniamo che se questa dottrina fosse ben fondata, bisognerebbe giungere sino ad affermare che lo indegno debba gl' interessi degl'interessi(art. 1155,1156—1108,1109); conseguenza siffattamente rigorosa che i propugnatori di tal dottrina non han voluto ammetterla, comunque logicamente derivi dalla loro premessa.

La soluzione da noi suggerita era altronde pur quella del dritto romano; la legge 1 nel codice *de his quib. ut indign.* è positiva in tal senso; e ad evidenza per errore Duranton la ha invocata in sostegno della sua opinione (confr. Toullier, tom. IV, n. 114; Demante, t. III, num. 35 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 432; Massè e Vergé sopra Zachariae, tom. II, p. 246; D., *rac. alfab.* t. XII, p. 277, n. 23; Malpel, n. 56; Belost-Jolimont sopra Chabot, osserv. 1 sull' articolo 729).

308. — Ma, dirassi, forse lo indegno non avrebbe il dritto di chiedere gl'interessi delle somme che avesse sborsato per estinguere i debiti ereditari, ed a principiare dal giorno delle fatte anticipazioni, almeno quando i debiti da lui pagati fossero maturati o quando essi medesimi producessero interessi? Or, se gl' interessi gli sono dovuti a principiare dai pagamenti da lui fatti, non è forse logico ed equo che debba eziandio gl'interessi a principiare da' pagamenti da lui ricevuti (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, tom. IV, pagina 174)?

Di fatti questa reciprocanza parrebbe razionale e giusta; ma in forza di qual testo lo indegno potrebbe dimandare gl' interessi del danaro anticipato, a cominciare pure dal giorno in cui lo anticipò? rispetto a noi, non conosciamo alcun testo che gli conceda simil dritto: il vero si è trovarsi nella posizione di un terzo il quale abbia soddisfatto il debito del debitore:or la regola si è che il terzo medesimo ha dritto agl' interessi dal giorno della sua dimanda di rimborsazione (articolo 1153 — 1107). È ben vero che l' articolo 2001 — 1873 concede al mandatario lo interesse delle somme da lui anticipate, a principiare dal giorno delle dimostrate anticipazioni; ma l'indegno non ha ricevuto alcun effettivo mandato da coloro che lo fanno escludere dalla successione: sarebbe in ultima analisi un *negotiorum gestor*: or, se l' articolo 1372 — 1326 sottopone il gestore a *tutte le obbligazioni* risultanti da un mandato, non gliene attribuisce i dritti. Nulladimeno conveniamo esservi, nell' attuale giurisprudenza, una grande tendenza a ciò; ma a suo luogo ci faremo a discutere cotesta dottrina.

309.—L' art. 729, dichiarando che lo indegno è tenuto a restituire tutti i frutti e proventi da lui riscossi dopo aperta la successione, poggia sul principio esser tenuto a restituire la intera eredità, *cum omni causa;* d'onde conseguita che l' articolo medesimo pone a suo carico una obbligazione unica, la quale rimarrà sempre la stessa,e finchè sussisterà,e finchè venga estinta mercè la prescrizione trentennale (art. 2262 — 2169).

Laonde generalmente si è di accordo nello ammettere che lo indegno non potrebbe opporre avverso la dimanda di restituzione dei frutti e rendite la prescrizione quinquennale stabilita dall'artic. 2277 — 2183 (confr. Duranton, t. VI, n. 122; Chabot, su l' art. 729, n. 2; Malpel, num. 57; Marcadé, art. 729, n. 2; Aubry e Rau sopra Zachariae, tom. IV, p. 174).

310.—B. Finalmente dobbiamo disaminare le conseguenze della indegnità rispetto a' terzi.

A norma di una dottrina oltremodo plaudita, lo indegno decaduto *ut ex tunc*,rispetto a coloro i quali abbian fatto pronunziare la sua esclusione (*supra*, n. 301), rimarrebbe per contrario decaduto *ut ex nunc* riguardo a' terzi con cui avesse praticato atti qualsivogliano relativamente ai beni ereditari: conseguentemente viene insegnato che la massima *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* non è qui applicabile; che le alienazioni e costituzioni di dritti reali consentite dall'erede prima di pronunziarsi con sentenza la sua indegnità, debbonsi mantenere, tranne il caso di frode dimostrata; e che coloro i quali l'abbian fatto dichiarare indegno hanno un' azione personale contro di lui,per astringerlo a restituire il prezzo dei beni da loi alienati, ed in generale tutti i valori da cui abbia cavato profitto disponendo dei beni ereditari:

1° L' indegno, dicesi, finchè la sua indegnità non venisse pronunziata, trovavasi legittimo erede investito, sotto questo titolo, de' beni ereditari; equindi aveva qualità per disporre verso i terzi. Tat è la regola fondamentale su cui poggia il mantenimento di tutti i dritti da lui conceduti.

2° È ben vero che la sentenza, la quale abbia dappoi dichiarato indegno questo erede, la risoluzione medesima non può opporsi ai

terzi; e la ragione rinviensi nel carattere penale che la distingue:di fatti le pene, eziandio civili e pecuniarie, sono meramente personali, e non debbano ridondare in detrimento dei terzi che non abbiano commesso veruna colpa. Laonde, a norma dell'art. 958—883, la rivocazione di una donazione tra vivi per causa d'ingratitudine non nuoce alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali che avrà potuto imporre su l'oggetto della donazione: or le due ipotesi sono affatto analoghe;ed è impossibile lo ammettere che il legislatore abbia voluto stabilire regole diverse so gli effetti della ingratitudine e su quelli della indegnità, i quali hanno su tal punto un' affinità si grande: per contrario, applicando, nell' art. 729—652, il principio della risoluzione retroattiva nei rapporti dei coeredi fra loro, la legge dinota che lo stesso principio è inapplicabile riguardo ai terzi.

3° Finalmente aggiugnesi che tale è pure la conseguenza necessaria del principio che la indegnità non ha luogo di pieno dritto e che debbasi giudizialmente pronunziare; dappoichè se,una volta pronunziata la indegnità, gli effetti ne risalissero, *erga omnes*, al giorno dell' apertura della soccessione, per modo che lo indegno reputerebbesi, eziandio verso i terzi, non aver avuto giammai il possesso, il vero si è che vi sarebbe, in buona sostanza, una vana differenza di parole fra la incapacità e la indegnità: or per contrario si è stabilito che una notabile differenza distingueva gl'indegni dagl'incapaci.

E fermate queste premesse,i medesimi giureconsulti, i quali dichiarano nulle le vendite consentite dall'erede apparente, dichiarano per contrario valide le vendite consentite dallo indegno; e quelli, i quali mantengono soltanto le vendite di oggetti determinati consentite dall' erede apparente, ma dichiarano nulle, sia le donazioni, sia la vendita del *jus hæreditarium* che avrebbe potuto fare, mantengono,senza veruna distinzione, tutte le alienazioni consentite dallo indegno.

Particolarmente Demante è, su tal punto, oltremodo esplicito: *Laonde non distinguerebbesi qui, come io fo riguardo allo erede apparente, le alienazioni a titolo gratuito dalle alienazioni a titolo oneroso, nè vieppiù l'alienazione dei dritti successori da quella degli oggetti ereditari* (t. III, n. 38 *bis*, IV; agg. *Temi*, t. VII, p. 8).

Tale è pure la comune dottrina, comunque alcuni abbiano voluto eccettuarne le donazioni per mantenere le alienazioni a titolo oneroso (confr. decis. C. di Bordò 4° dic. 1853, Venayre, D., 1854, II, 157; Merlin, *Rep.*, v. *Indegnità*, n. 15; Toullier e Duvergier, t. III, n. 115; Duranton, t. VI, n. 126; Mareadè, art. 729, n. 1; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 433; Taulier, t. III, p. 135; Chabot, art. 729, n. 22, 23; Belost-Jolimont, osserv. 4; Malpel, n. 60, 61;Poujol, art.727, n. 14; Aubry e Rau. sopra Zachariæ t.IV, p. 175; Massè e Vergè, *eod. loc.*, t. II, p. 247).

Puossi riflettere altresì che il codice civile della Luigiana ha testualmente sancito la teorica su esposta con gli art. 964, 965(Anthoine de Saint-Joseph, p. 41).

311.—In quanto a noi, non emmettiamo questa teorica: al certo non opiniamo che tutti gli atti fatti dallo indegno, prima della sentenza dichiarativa della sua indegnità, debbansi annullare; ma neppure avvisiamo doversi tutti mantenere indistintamente; e non sapremmo adottare la tesi consistente nel sostenere che la risoluzione la quale colpisce il dritto dello indegno, avendo un carattere penale, non debba mai,pel carattere medesimo, colpire i dritti da lui concedoti a persone terze.

Di fatti questa tesi non ci sembra fondata sui testi, nè su principî: non evvi testo, il quale dichiari che la risoluzione del titolo dello indegno non avrà per risultamento il risolvere i dritti dei suoi aventi causa! L' articolo 958 — 883, che viene invocato, è unicamente relativo alla rivocazione della donazione tra vivi per causa d'ingratitudine; ed abbiamo già osservato le differenze che distinguono questo subbietto dal nostro (*supra*, n. 279). Quando un tempo Loysean additava la ragione per cui i dritti consentiti dal donatario ingrato non venivano risoluti, il detto autore ne adduceva per motivo che la rivocazione medesima *procede da una causa sopraggiunta... e che consiste in qualche azione volontaria*; dalla qual cosa conseguita non avvenire *ex causa antiqua et necessaria*, condizione richiesta per l'applicazione della massima *resoluto jure dantis*,ec.; ma egli non mirava al carattere penale della rivocazione medesima (Dell'abbandono, VI, 3, 10; *ved.* nondimeno Furgole XI, I, 141). Ed altroede, a norma dell' articolo 958, le alienazioni consentite dal donatario ingrato vengono mantenute sol quando sieno anteriori alla iscrizione dell' estratto della dimanda di rivocazione, in margine della trascrizione imposta dall' art. 939—863: or tornа impossibile lo applicare tal disposizione nel-

la soggetta materia: quindi vengono mantenute le alienazioni consentite dallo indegno, quando sieno anteriori non solo alla dimanda, ma alla sentenza di esclusione; val dire che si eccede di molto il disposto dallo stesso articolo 958.

Se il legislatore avesse voluto applicare, in materia d'indegnità, la speciale ed eccezionale disposizione da lui fermata in materia di rivocazione di donazione, ne avrebbe indubitatamente regolato del pari l'applicazione: or egli non ha praticato nulla di ciò; avvegnachè non sapremmo considerare grave l'argomento consistente nel sostenere che, parlando nello art. 729, riguardante lo effetto retroattivo della risoluzione del titolo dello indegno, unicamente circa gli eredi fra essi, il legislatore dinota che lo effetto medesimo non si applica riguardo ai terzi.

Di fatti il principio in generale si è che la risoluzione di un dritto ripone le cose nello stesso stato in cui si troverebbero se il dritto risoluto non fosse mai esistito (art. 1183, 2125, 2177, 2182, ec.—1136, 2011, 2071, 2076); ed il legislatore, il quale stabilisce una risoluzione, non abbisogna di desumerne, ogni volta, tal conseguenza; dappoichè essa medesima affatto naturalmente ne discende. Indarno obbiettasi qui, per sottrarvisi, che la risoluzione del titolo dello indegno è penale: abbiamo già risposto che indubitatamente la legge la quale pronunzia la esclusione dello indegno, vuol punire, con uno scopo di ordine pubblico e di esemplarità, la colpa da lui commessa; ma in fine la legge, in buona sostanza, prende semplicemente a regolare l'ordine delle successioni legittime; e stabilisce al certo non una pena effettiva, ma soltanto una esclusione civile ed ereditaria. Crediamo aver dimostrato innanzi (n. 279) che la indegnità potrebbesi pronunziare contra gli eredi dello indegno trapassato; e gli stessi argomenti i quali hanno fermata tal dimostrazione, dimostrano del pari che non il semplice carattere penale della risoluzione del titolo dello indegno basterebbe a preservare i terzi dagli effetti della risoluzione medesima.

Neppure pel motivo la indegnità non aver luogo di pieno dritto bisognerebbe statuire che la risoluzione da essa prodotta non può opporsi alle persone terze; dappoichè la rescissione dei contratti, a cagion di esempio, per causa di errore o di violenza, nè anche ha luogo di pieno dritto (art. 1117—1071); e dà sempre luogo, tostochè venga pronunziata, alla applicazione della massima *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Il mezzo da invocare, nello interesse dei terzi, debbesi desumere, a croder nostro, dalla idea del mandato. Di fatti lo indegno è stato erede legittimo e vero, erede impossessato, sino alla sentenza onde siasi pronunziata la sua esclusione: conseguentemente è razionale conchinderne che la legge, investendolo della eredità, ha inteso conferirgli, in ogni evento, rispetto ai terzi, il potere di amministrarla *cum libera*, un potere da ultimo di amministrazione nel senso più ampio di questo vocabolo. Or è noto che per regola generale le risoluzioni non reagiscono su gli atti di amministrazione, dappoichè tali atti sono conseguenza del possesso intermedio, cioè di un *fatto*, che la risoluzione non può impedire di essere esistito.

A dir breve, paragoneremo lo indegno allo erede il quale, in caso di assenza di un erede più prossimo, sia chiamato dalla stessa legge, a norma dell' art. 136—142, a conseguire la eredità in sua mancanza. Quegli è pure erede: trovasi investito dei beni al pari dello indegno; ma il ritorno dello assente produce la risoluzione del suo titolo (art. 137—143), del pari che la sentenza che dichiari la indegnità produce la risoluzione del titolo dello indegno. Le due situazioni ci sembrano quasi affatto simili; e conseguentemente opiniamo andare esse sottoposte alle stesse regole.

Dunque applicheremo agli atti consentiti dallo indegno la stessa teorica da noi svolta relativamente agli atti consentiti dall' erede più remoto, il quale avesse conseguito la eredità in mancanza dell'erede più prossimo (*ved.* il nostro t. II, 227, 240, 253).

Conseguentemente distingueremo del pari qui gli atti necessarî dagli atti volontari:

312. — 1° Manterremo gli atti necessarî: i pagamenti fatti di buona fede allo indegno dai debitori della eredità; le locazioni da lui consentite; le sentenze emesse a pro o contro di lui; eziandio le transazioni fatte con lealtà (confr. il nostro t. II, n. 225, 239).

313. — 2° Fra gli atti volontarî manterremo similmente quelli che potranno considerarsi como atti di amministrazione, attribuendo a tale espressione la più ampia significazione per dinotare il mandato di amministrare *cum libera* un complesso di beni, un patrimonio: tali sono le alienazioni a titolo oneroso, gli stabilimenti di pesi reali; ec. (*ved.* il nostro t. II, n. 241, 247).

Ed ancora, bisognerà che i terzi i quali avranno contrattato con lo indegno non abbiano commesso in ciò alcuna colpa.

Avverrà al certo così, ed i terzi compratori o altri saranno irreprensibili, se abbiano contrattato nella ignoranza della causa d'indegnità, anche quando, in tal caso, la dimanda si fosse già introdotta(arg.dall'art.2005—1877).

Ma potrebbesi statuire, secondo le circostanze, essersi essi medesimi volontariamente esposti agli effetti della risoluzione, se avessero contrattato dopo la dimanda, ovvero prima della dimanda, ma quando la causa di indegnità fosse notoria, e gl'interessati, atteso la brevità del tempo trascorso dopo l'apertura della successione, non avessero avuto ancora il tempo di formarla.

Indubitatamente l'indegno è erede rispetto a' terzi; e costoro medesimi non hanno qualità per opporgli la sua indegnità. Ma il titolo dello indegno può risolversi; e quando i terzi conoscono tal causa di risoluzione, non è giusto che possano impunemente rendersi complici della precipitanza con cui lo indegno volesse alienare i beni ereditari, per sottrarsi agli effetti della risoluzione che il minaccia.

Il dovere de' terzi, in simil caso, si è astenersi, o almeno contrattare con l'erede indegno sol dopo avere interpellato coloro cui compete l'azione d'indegnità, sol punto se intendano esercitarla e far risolvere il diritto dello indegno (arg. dall' art. 1938 — 1810).

Questo dovere di lealtà e di buona fede ci pare sì fattamente imperioso che avvisiamo che obbligherebbe pure i debitori ereditari, e che costoro potrebbero non essere validamente liberati, se avessero pagato allo indegno, quando, a cagion di esempio, conoscessero essersi già formata la dimanda d'indegnità; avvegnachè non sarebbe questo un pagamento fatto di buona fede (art. 1240—1193); almeno competerebbe al magistrato così statuire, secondo i fatti.

314. — Ma non potremmo considerare come atti di amministrazione, e quindi dichiareremo nulli:

1°. L'alienazione de' diritti successori, del *jus haereditarium*, consentita dall' indegno;

2°. La donazione tra vivi o il legato de' beni ereditarj da lui consentita (*ved.* il nostro tomo II, n. 248, 254).

CAPITOLO III.

DE' DIVERSI ORDINI DI SUCCESSIONE (REGOLARE).

SOMMARIO.

315. — Passaggio. — Esposizione.
316. — Divisione generale.

315. — Il capitolo I del titolo in esame ci ha disvelato come apronsi le successioni ed in qual modo si deferiscono.

Osservammo nel capitolo II quali sieno le qualità richieste per poter succedere.

Il naturale coordinamento de' fatti e delle idee ci conduce ora ad investigare quali sieno coloro i quali vi vengano chiamati dal nostro legislatore.

E tal è effettivamente l'obbietto de' capitoli III e IV.

Il capitolo III tratta delle successioni regolari o legittime.

Il capitolo IV delle successioni irregolari (confr. art. 723 — 644).

316. — Il capitolo III contiene cinque sezioni, il cui duplice scopo si è:

Da un lato di fermare le basi generali del sistema di successione intestata stabilito dal Codice;

D' altro lato di stabilire le chiamate particolari delle diverse classi di eredi.

Questa ripartizione è oltremodo razionale; e noi ci faremo parimente a seguitare l'ordine medesimo.

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

SOMMARIO.

317. — Riflessione generale.
318. — Divisione.

317. — Essenziale scopo di ogni sistema di intestata successione si è la conservazione dei beni del defunto nella propria famiglia; e per quanto più innanzi si sospinga il guardo nella storia de' popoli si ravvisa cotesto fondamentale carattere della ereditaria trasmissione dei beni. Invero le famiglie sono la base della società; e fra tutte le tradizioni che possono conservare le famiglie non avvene alcuna più possente e più energica di questa. Oh! indubitatamente nessuna altra materia, nel diritto civile, trovasi più intimamente legata agli or-

dinamenti di ciascun paese, alla constituzione della famiglia e della proprietà; e, sotto questi diversi punti di veduta, i legislatori de' diversi popoli, ne'loro sistemi nazionali di legittima successione, non hanno giammai mirato ed ancor non mirano, nella stessa guisa, al conservamento de' beni nella famiglia del defunto. Ma è sempre indubitato che, ad onta della diversità de' costumi e delle leggi, rinviensi sempre, nel fondo di questa instituzione, lo stesso fondamental pensiero, comunque facciasene diversamente l'applicazione, avuto riguardo allo stato sociale e politico di ogni paese.

318.—Venendo le eredità deferite a'membri della famiglia del defunto, a' suoi parenti (art. 731 — 654), conviene dapprima conoscere l' ordinamento della famiglia o le relazioni della parentela.

D' altro lato il sistema fermato dal Codice Napoleone potendosi ben disaminare sol quando siensi, innanzi tutto, svolti i diversi sistemi di successione intestata un tempo ammessi in Francia, è necessario esporre, almeno fugacemente, i vari ordinamenti dalle antiche leggi sanciti in questa materia e fra cui il novello legislatore ha stabilito una specie di transazione.

Conseguentemente dovremo qui disaminare i tre punti seguenti :

1°. Le regole generali della composizione della famiglia e delle relazioni della parentela ;

2°. I precipui caratteri de'diversi sistemi di successione intestata osservati in Francia, sia nella nostra antica legislazione, sia nella legislazione intermedia ;

3°. Le basi generali del novello sistema sancito dal Codice Napoleone nella subbietta materia.

§ I.

Della composizione della famiglio e delle relazioni dello parentela.

SOMMARIO.

319. — Della *famiglia:* diverse significazioni di questo vocabolo.
320. — Della *parentela.* – De' diversi ordini di parentela.
321. — Delle linee e de' gradi di parentela.
322. — Della linea retta ascendentale o discendentale.
323. — Dolla linea trasversale. —Osservazione.
324. — Del modo di computare i gradi in linea retta.
325. — Del modo di computare i gradi in linea trasversale.
326. — Importante distinzione della parentela in linea paterna ed in linea materna.— Novello significato del vocabolo *linea.*
327. — Continuazione
328. — Cootinuazione.
329. — Continuaziono.— Gli stessi parenti non appartengono sempre, rispettivamente gli uni agli altri, alla medesima linea di parentela.
330. — I parenti possono andar congiunti allo estinto, sia simultaneamente per mezzo del padre e della madre, sia soltanto per mezzo del padre, sia unicamente per mezzo della madre.
331. — Continuazione. — Quali parenti formano parte, sia delle due linee del tempo stesso, sia per contrario di una sola linea ?
332. — A. De' figli o discendenti dol *de cujus.*
333. — B. Degli ascendeoti del *de cujus.*
334. — Continuazione.
335. — C. De' collaterali.
336. — Continuazione.
337. — Contiooazione.
338. — Continnazione. Conclusione.
339. — Quali specie di pruovo sieno ammessibili ad obbietto di dimostrare, sia la parentela stessa, sia i gradi della parentela?
340. — Continuazione.
341. — Continuazione.
342. — Continuazione —Della pruova dalla parentela ed obbietto di escludere il fisco.
343. — Degli affini.—*L'affinità non eredita.*

349.—Il vocabolo *famiglia*, nella sua circoscritta significazione, comprende i soli figli nati dallo stesso autore: *quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur* (L. 195, § 1, ff. *De verb. signif.* ; *ved.* pure il nostro t. X, n. 778).

Ma in materia di successione non trovasi adoperato in questa ristretta significazione.

Tutto l' opposto! la famiglia debbesi intendere qui, nella sua più generica significazione, per dinotare il complesso delle persone che discendono, sia le une dalle altre, sia da un comune autore.

Ciascun figliuolo, il quale contragga matrimonio ed abbia figli, constituisce indubitatamente una novella famiglia, di cui egli stesso addiviene lo stipite o il tronco comune ; ma non cessa per questo di appartenere alla famiglia di suo padre ed alla famiglia della madre.

Similmente il figlio di cotesto figlinolo, quando egli pure contragga matrimonio ed abbia figliuoli, divenendo egli medesimo il tronco comune di una novella famiglia, continuerà sempre ad essere membro della famiglia di suo padre e di sua madre, come pure della famiglia de' genitori di suo padre e dei genitori della madre, e così successivamente; talché ciascuna famiglia particolare, comunque constituente, nella sua individualità, un tronco distinto, accoppiasi come un ramo no-

vello al tronco comune su cui s' innalza interamente la famiglia generale.

E,ad onta della grave differenza che distingue la famiglia agnatizia de' Romani dalla famiglia francese, potremmo ancora affermare oggidì con Ulpiano :

« ... Singuli singulas familias habent; tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, « recte ejusdem familiae appellabuntur,quasi « ex eadem gente et domo proditi sunt.» (L. 195, § 2, ff. *de verb. signif.*).

Ben si scorge che l' *albero* somministra, in questa materia, paragoni esatti quanto naturali.

L' albero è il tronco comune della parentela, il fusto, lo stipite, l'*estoe*, *stirps* su cui si innalzano i diversi rami.

Il *ramo* può similmente divenire un fusto, il quale produrrà del pari altri rami, i quali si innalzeranno su lo stipite comune; e ciascuno di quei rami potrà eziandio produrre rami novelli o novelle *ramificazioni*; dalle quali cose hanno avuto nascimento, in materia di parentela, tutti questi vocaboli (ved. *Glossario di diritto francese*, Inst. consuet. di Loisel, ediz. Dupin e Laboulaye; Davot, lib. III, trattato V, cap. II, n. 1.)



In questo quadro genealogico ravvisiamo più famiglie particolari, superiori, inferiori o collaterali, secondo il punto di veduta onde vogliansi mirare,ed avuto riguardo a quello che vogliasi prendere per termine di confronto.

Ma scorgiamo nel tempo stesso che un vincolo comune unisce tutte queste famiglie particolari, le quali formano insieme, *lato sensu*, una sola e medesima famiglia,tutte procedendo da un solo e medesimo tronco.

320. — Cotesto vincolo è la *parentela*, come dicevano i nostri maggiori,oppure *consanguinità* o *legnaggio;* e chiamansi parenti coloro i quali sono membri della stessa famiglia.

Il vocabolo *parens*,derivato da *parere*, generare, produrre, dinotava, appo i Romani, i genitori ed altri ascendenti,in contraposto del vocabolo *liberi*, figli e discendenti, suo correlativo (L. 51, ff. *de verb. signif.*); ma non ha mai avuto, nella nostra lingua, questo circoscritto significato; e per contrario comprende tutte le persone che in Roma chiamavansi *cognati*, val dire tutte quelle unite col vincolo del sangue, sia che discendano l' una dall'altra, sia che abbiano un comune autore (L. 1, § 1, ff. *unde cognati*; art. 731 C. Nap.— 654).

Se non che, nel primo caso, val dire quando i parenti discendano gli uni dagli altri, la parentela è *diretta*,ascendentale o discendentale; e, nel secondo caso, val dire quando discendano soltanto da un comune autore, la parentela è *collaterale*.

Dalle quali cose conseguita distinguersi tre ordini o categorie di parenti, dal giureconsulto Gaio con la massima precisione definiti nei segnenti termini :

Alii superioris ordinis sunt;alii inferioris; alii ex transverso sive a latere; superioris ordinis sunt parentes, inferioris, liberi ; ex transverso sive a latere,fratres et sorores liberique eorum (princ. ff.*de gradib. et adfin.*; agg. Inst. princ. *de grad. cognat.*)

321. — Ad obbietto di determinare esattamente la natura e gli effetti delle diverse relazioni di parentela,da lungo tempo si è contratta l' abitudine di servirsi di figure e metafore desunte dal mondo fisico (*supra*,n.319).

E distinguesi,in ogni parentela, la *linea* ed il *grado*.

Primieramente i testi del nostro Codice dispongono all' obbietto :

Articolo 735: « La prossimità della parentela si stabilisce seguendo il numero delle « generazioni : ciascuna generazione si chiama un *grado*. »

Articolo 736: « La serie de' gradi forma la « linea: si chiama linea *retta* la serie de'gradi di tra le persone che discendono l'una dall' altra; linea *trasversale* la serie de' gradi « tra persone che non discendono le une dalle « altre, ma che discendono da uno stipite comune.

« Si distingue la linea retta, in linea retta « discendentale ed in linea retta ascendentale.

« La prima è quella che lega lo stipite con « quelli che discendono dal medesimo; la seconda è quella che lega una persona a coloro da' quali essa discende. »

La *linea* è la serie de' parenti; è una *scala* su cui i membri della famiglia trovansi collocati successivamente ciascuno al suo posto :

Gradus dicti sunt a similitudine scalarum(L. 10, § 10, ff. *de grad. cognat.*).

Il *grado*,*gradus*, è lo intervallo fra un piede ed un altro.

Or, per formare un grado, val dire un intervallo, uno spazio, è uopo di due scalini: dalla qual cosa conseguita:

1°. Che, per formare il primo grado di parentela, sono necessarie due generazioni;

2°. Che, collocato questo primo gradino,ogni novella generazione che si aggiunga alla precedente constituisce un nuovo intervallo, un novello gradino, e quindi forma un novello grado: *Quippe semper generata persona gradum adjiciat* (Inst., § 7, *de grad.cognat.*)

Primo, padre di Secondo ed avo di Terzo.
|
Secondo, figlio.
|
Terzo, nipote.

Primo e Secondo, i quali formano le due prime generazioni in questa linea, constituiscono conseguentemente un primo gradino, un primo grado; e Terzo collocandosi al disotto di Secondo, forma un novello gradino, un novelle grado. Dunque Secondo è nel primo grado,o piuttosto ad un grado di parentela da Primo,suo padre; e Terzo nel secondo grado, o a due gradi da suo avo, e viceversa.

Laonde ben si comprende in qual modo la prossimità di parentela si stabilisca (come dichiara l' art. 735 — 656) mercè il numero delle generazioni; dappoichè è manifesto che le generazioni, a misura che succedonsi, aggiungono novelli gradini,e conseguentemente novelli gradi nella linea; e siccome,succedendosi, allontanansi sempre più dal comune autore, così il numero più o meno considerevole delle generazioni dà la corrispondente misura de'gradi,val dire de'rapporti più o meno prossimi o remoti della parentela.

322. — Denominasi linea retta la serie doi gradi fra persone discendenti l' una dall' altra: *retta*, perchè tutti coloro i quali la compongono trovansi effettivamente collocati, in linea retta, gli uni al di sotto degli altri.

Primo a Prima.
|
Secondo.
|
Terzo.
|
Quarto.
|
Quinto.

« Si distingue, dichiara l' art. 736 — 657, « la linea retta in linea retta discendentale, « ed in linea retta ascendentale. »

Non pertanto cotesta formola è alquanto imperfetta, supponendo la esistenza di due linee rette, mentre ad evidenza avvene una sola. Di fatti la stessa linea, la stessa *scala semplice* è simultaneamente discendentale o ascendentale, secondo che si riguardi di su, *aut supra*, o di giù, *aut infra* (Inst., princ., *de grad. cognat.*):

Linea ascendentale, quando vi collocate, *infra*,in un grado qualsivoglia della scala, per *salire*, *ascendere*, ad un grado più alto, per ascendere, a cagion di esempio, dal figlio al padre, o dal nipote al figlio, ec., finalmente da' discendenti agli *ascendenti*, *majores*, diceva Paolo (L. 10, § 7, ff. *de grad. cognat.*), ovvero *antecessores*, da cui deriva il vocabolo *antenati*;

Linea discendentale, quando di fatti si *discende* da un grado superiore ad un grado inferiore, per discendere dal padre al figlio, o al nipote,ec., *filios*, *nepotes*, *posteriores*, diceva pure Paolo (*loc. supra*); da cui deriva il vocabolo *posteri*.

323. — Denominasi linea *trasversale*, a norma dell' art. 736, « la serie de' gradi tra persone che non discendono le une dalle altre,ma che discendono da uno stipite comune.»

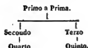
È uopo confessare che questa formola, per quanto sia antica,è alquanto inesatta; e mentre or ora quello articolo sembrava rinvenire due linee là dove può esservene una sola (*supra*, n.322), qui sembra rinvenirne una sola là dove ad evidenza se ne rinvengono sempre due.

Il vero si è che,propriamente parlando,non vi è *linea trasversale*; avvegnachè,secondo la stessa definizione del Codice, una linea di parentela si forma mercè la serie delle generazioni: or non evvi serie di generazioni fra le persone che non discendano le une dalle altre: questa serie esiste fra gli ascendenti ed i discendenti rispettivamente: dunque effettivamente possono esservi soltanto linee rette: dunque non evvi linea speciale e distinta che possa denominarsi *linea trasversale*.

È unicamente vero potervi essere più linee rette, l' una a fianco all' altra, *a latere*, *ex transverso*, e le quali congiungansi alla sommità mercè la loro riunione in persona del comune autore.

Quindi la parentela trasversale viene effettivamente rappresentata dalla immagine di

una duplice scala, per mezzo di cui si sale del pari da ciascun lato, *a latere*, sino allo stipite comune; ma è manifesto che ciascun de' lati di queste scala, isolatamente considerato, forma una linea retta.



Secondo e Terzo, Quarto e Quinto sono indubitatamente, rispetto a Primo e Prima, loro padre e madre, avo ed ava in linea retta;ma, tra essi rispettivamente, appartengono a due linee poste *a latere*, le quali hanno lo stesso punto di congiunzione ; talchè puossi andare da una di queste linee all' altra solo salendo in una delle linee sino al comune autore per discendere di poi nell' altra linea.

Evidente è questa dimostrazione ; e nulladimeno antichissima è la denominazione di linea collaterale o trasversale. Di fatti non debbesi attribuir ai compilatori del Codice Napoleone cotesta terminologia, o se così vogliasi, questo abuso di linguaggio: eglino han rinvenuto tali distinzioni fermate e sancite non solo dalla usuale e popolare tradizione, ma eziandio da tutti i monumenti della civile giurisprudenza (confr. Lebrun , lib. 1, cap. VI. sez. 1; Pothier, *delle success.*, cap. 1, sez. II, art. 3, § 2).

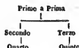
E forse si sarebbero incontrati più inconvenienti che vantaggi nello imprendere qui una riforma, la quale altronde offriva mediocre importanza; dappoichè al postutto la espressione *linea trasversale*, se non è corretta, esprime chiaramente cotesta relazione di parentela.

324. — Semplicissimo è il modo di computare i gradi in linea retta, in cui non può esservi e non vi è stato giammai effettivamente se non un solo modo di computarli (confr. Pothier, *del contratto di matrimonio* n.° 121).

L'art. 737 — 658 dichiara all' obbietto:

« Nella linea retta si computano altrettanti « gradi quante sono le generazioni: così il fi« glio è rispetto al padre nel primo grado , il « nipote nel secondo, e reciprocamente il pa« dre e l' avo rispetto al figlio ed al nipote ».

325. — Ma in linea trasversale il metodo non era tanto semplice: quindi vennero seguiti due diversi sistemi



Il diritto canonico computa i gradi soltanto da un lato , per modo che Secondo è ad un grado da Terzo, suo fratello, essendovi un solo grado da un de' fratelli sino al padre: i due cugini germani, Quarto e Quinto sono, per lo stesso motivo, in secondo grado, non essendo ciascun di essi lontano dall' avo se non di due gradi. Tanto risguarda la *linea traversale eguale*, come affermasi in questo sistema, val dire il caso in cui ciascun de' parenti sia, nella sua linea, in egual grado dal comune autore. Ma qual sarà il modo di computare rispetto *alla linea trasversale ineguale* , val dire rispetto al caso in cui i due parenti si trovino, ciascuno nella sua linea, in distanza ineguale dal comune autore, come, per esempio, lo zio ed il nipote ? Il diritto canonico , applicando allora la massima *remotior trahit ad se proximiorem*, computa i gradi dal lato del parente più lontano dallo stipite comune: lo zio ed il nipote trovansi quindi in due gradi , ec. (Lebrun, Pothier, *loc. supra cit.*).

Per contrario il diritto romano computava, nella linea trasversale, i gradi da ciascun lato: quindi due fratelli, essendo, ciascuno nella sua linea, in un grado dal comune autore, sono, fra essi, in due gradi: essendo lo zio, nella sua linea, nel primo grado, ed il nipote nel secondo nella sua, trovansi, fra essi, nel terzo grado: due cugini germani, trovandosi ognuno in due gradi nella sua linea , sono tra essi nel quarto grado, ec. Ben si ravvisa che, secondo tal metodo, non può esservi primo grado nella linea traversale: ... *ex transverso sive a latere, nullus est primus gradus; et ideo incipit a secundo* (L. 1, § 1, ff. *de grad. et affin.*)

In mezzo a siffatti due modi di computare i gradi l' antico diritto francese ammetteva or l' uno , or l' altro. Per determinare l' ordine delle successioni , computava come il diritto romano ; ma per contrario procedeva come il diritto canonico, per regolare, in materia di matrimonio, gl' impedimenti risultanti dalla parentela (confr. Pothier, *delle Succes.*,cap. 1, sez. II, § 1, Lebrun, lib. 1, cap. VI, sez. 1, n. 3-5 *ved.* pure il nostro t. III, n. 96-101).

L'art. 738—659 positivamente ritiene, nel nostro novello diritto, il modo di computazione del diritto civile:

« Nella linea trasversale, i gradi si compu-
» tano dalle generazioni, cominciando da uno
» de' parenti, e salendo fino allo stipite comu-
» ne, esso non compreso, e discendendo da
» questo sino all' altro parente.

« Perciò due fratelli sono in secondo grado;
» lo zio ed il nipote in terzo; i cugini germa-
» ni in quarto; e così successivamente. »

Nulladimeno ravvisiamo pure una inesattezza in cotesta formola: di fatti l' articolo in esame, dopo aver dichiarato che in linea trasversale *i gradi si computano dalle generazioni*, soggiugne che è uopo computare cominciando da uno de' parenti, *e salendo sino allo stipite comune, esso non compreso*, ec.

Or queste due proposizioni sono ad evidenza contraddittorie; dappoichè, per computare i gradi *dalle generazioni*, non evvi segregazione da fare: da un de' figli al padre, per esempio, evvi una generazione, un grado; e dal padre all' altro figliuolo evvi pure una generazione, un grado: dunque rinveniamo i due gradi, *compresovi lo stipite comune*.

Per investigar la cagione di cotesto errore de' compilatori del Codice, è da sapere esservi, nell' antico diritto, due modi di fare questo computo nella linea trasversale:

Alcuni computavano *le generazioni* da ciascun lato, e ad evidenza vi comprendevano il comune autore: era questo il modo seguitato da Pothier: « Per computare i gradi di parentela in linea trasversale, è d'uopo computare, egli dice, il numero delle *generazioni* da uno di questi parenti sino allo stipite comune da cui discendano, e da questo stipite comune sino all' altro parente » (*delle Succes.*, cap. 1, sez. II, art. 3, § 2).

Altri per contrario computavano non le *generazioni*, ma *le persone generate*; e quindi non comprendevano il comune autore: era questo il modo seguitato da Lebrun: « Computansi tanti gradi, egli dice, nella linea trasversale, eguale o ineguale, quante sono *le persone*, *escludendo il capo di tali persone fra cui si computa il grado.* » (*delle succes.*, lib. I, cap. VI, sez. 1, n. 1).

Lorry aveva pure formulato la stessa regola: *Ut quotquot occurrunt personae, derupto stipite, tot sunt gradus...* (sul titolo *de nuptiis*, § 1-5).

Ed ora l' art. 738 ha mescolato insieme e confuso questi due modi, i quali nulladimeno escludonsi a vicenda; avvegnacchè, se si computino le *generazioni*, e *non le persone*, bisogna comprendere il comune autore; e, se non si comprenda il comune autore, bisogna computare le *persone* e non le *generazioni* (confr. Guiné, della *Rappresentazione*, p. 352; Davot, lib. III trattato V, cap. II, n. 3).

Checchè sia di tal confusione, il modo di computazione in linea collaterale non è mai soggiaciuto a difficoltà.

326.—Dobbiamo ora discendere allo esame di altra distinzione importantissima, risguardante la qualità e la natura della parentela.

Trattasi della distinzione de' parenti paterni o della linea paterna, e de' parenti materni o della linea materna (confr. art. 733).

Ben si ravvisa che il vocabolo *linea* non dinota più qui *la serie dei gradi* fra persone che discendono l' una dall' altra, o da un comune autore (art. 736; *supra*, n. 321); trovasi adoperato in un significato affatto diverso per dinotare collettivamente una parte della famiglia del *de cujus*, cioè tutt'i parenti che abbia lasciati dal *lato paterno*, e tutti i parenti che abbia lasciati dal *lato materno*; e lo stesso legislatore effettivamente adopera ora l' una, ora l' altra di queste formole sinonime: *sia linea paterna o linea materna* (art. 409, 733 734, 755—330, 673), *sia lato paterno o lato materno* (art. 407, 752—328). Altronde cotesta sinonimia è antichissima nella subietta materia: *lato e linea, linea e lato*, due vocaboli adoperati congiuntamente in moltissime consuetudini come *sinonimi*, diceva Davot (lib. III, tit. V, cap. 1, n. 3).

All' uopo la regola fondamentale è la seguente:

I parenti paterni del *de cujus* sono primieramente ad evidenza *suo padre* e poscia, per necessaria conseguenza, tutti coloro, donne o maschi, poco monta, che gli appartenevano *dal lato di suo padre*, il quale forma il primo anello di questa catena di parentela.

I parenti materni sono primieramente *la madre* del *de cujus*, e conseguentemente tutti coloro maschi o femmine, che gli appartenevano *dal lato di sua madre*.

Dal lato di suo padre diciamo, o *dal lato di sua madre*, cioè del padre o della madre del *de cujus* medesimo senza risalire più oltre.

In altri termini la linea paterna ha il suo punto di partenza diretto ed immediato in persona del *padre del defunto*; e la linea materna in persona *della madre del defunto* (confr. decis. C. di Caen, 1ª. cam., 18 fior. anno XIII, Lebis; o 18 lug. 1806, Vauquelin; di Parigi 4 apr. 1808, Secondé, Sirey, 1808, II, 295; di Torino 10 febb. 1812, Racagno,

Sirey, 1814, II, 34; agg. Cochin, 71ª causa, t. III, p. 356, 357).

Di qui discendono due corollari:

327—Primamente non è da avere il minimo riguardo alla linea onde i parenti del defunto andavano congiunti a suo padre o a sua madre, se fossero parenti *paterni* o *materni* di suo padre, o parenti *paterni* o *materni* di sua madre.

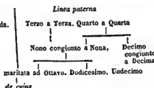
Tutti i parenti congiunti *al defunto* dal lato di suo padre sono suoi parenti *paterni*, ancorchè fossero parenti *materni* di suo padre; e similmente tutti coloro che andassero congiunti *al defunto* dal lato di sua madre, sono suoi parenti *materni*, ancorchè parenti *paterni* di sua madre. Quindi la *madre* di mio padre trovasi nella mia linea *paterna ;* come il *padre* di mia madre trovasi nella mia linea *materna*.

Di fatti è manifesto che le generazioni, a misura che succedonsi, aggiungono novelli rami al tronco comune della parentela (confr. art. 734); e ciascuno di tali rami, comunque sempre aderente allo stipite comune, formando alla volta sua un tronco distinto, su cui elevansi del pari novelli rami, avviene in processo di tempo, che le linee paterne e materno vadano così incessantemente moltiplicandosi. Laonde Gaio con moltissimo fondamento affermava: *admovendi sumus parentum liberorumque personas semper duplari...* (L. 3, § 2, ff. *de grad. et adfin.*).

Ciascuna persona la quale abbia due ascendenti nel primo grado in ciascuna linea, suo padre o sua madre, ne ha conseguentemente quattro nel secondo, cioè il padre e la madre di suo padre, ed il padre e la madre di sua madre; e così successivamente, ec.; tanto che si è calcolato che con questa crescente proporzione, giungevasi, sin dalla venticinquesima generazione, ad una cifra veramente favolosa!

Ebbene adunque, per esaminare quali siano i parenti *paterni* del defunto, e quali i *materni*, è uopo non involgersi in queste divisioni e suddivisioni, aperture e riaperture. Senza risalire più lungi, senza considerare i diversi particolari elementi onde si compone ciascuna linea principale, ne' rami superiori, ne' rami trasversali, è uopo fermarsi ed attenersi al primo grado dal lato del padre ed al primo grado dal lato della madre del *de cujus*.





Quali sono, secondo questo quadro, i parenti paterni del *de cujus*?

Tutti coloro i quali sono parenti di *Ottavo* suo padre; tutti quelli e soltanto quelli.

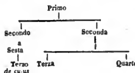
Quali sono i suoi parenti materni?

Tutti coloro i quali sono parenti di Ottava, sua madre; tutti quelli ancora, io dico, e quelli soltanto.

Quindi, per esempio, Quarto e Quarta, avi *materni* di Ottavo, padre del *de cujus*, erano suoi parenti paterni.

E similmente Primo e Prima, avi paterni di Ottava, madre del *de cujus*, erano suoi parenti *materni*.

328.—La seconda conseguenza emergente dalla nostra regola (*supra*, n. 326) è che, per determinare se la persona che pretenda la eredità del *de cujus* sia parente paterno o sua parente materna, non bisogna considerare se dal lato di suo padre o di sua madre andasse congiunta al *de cujus*; avvegnacchè, ripetiamolo, direttamente ed immediatamente dal padre o dalla madre del *defunto stesso*, val dire di colui al quale trattasi di succedere, e dal lato del quale quindi è uopo determinare la natura della parentela, si stabilisce, *recta via*, la relazione di parentela paterna o materna; e non mai dal padre e dalla madre dell' erede.



Terza e Quarto vanno congiunti a Terzo per mezzo della *madre* loro Seconda. Forse Terza e Quarto sono parenti *materni* di Terzo?

Indubitatamente avverrebbe così, se si considerasse il padre o la madre *dell' erede*.

Ma siccome bisogna per contrario considerare soltanto il padre o la madre *del defunto*, ne consegnita che Terzo e Quarto sono parenti *paterni* di Terzo; dappoichè non per mezzo di Sesta, *sua madre*, nello addotto esempio, vanno congiunti a lui, si bene unicamente per mezzo di Secondo, *suo padre*.

329—Da ciò conseguita che gli stessi parenti non appartengono sempre rispettivamente, gli uni riguardo agli altri, alla stessa linea di parentela.

Quindi a cagion di esempio, nel precedente quadro (n. 328), Terza e Quarto sono parenti *paterni* di Terzo, andando a lui congiunti per mezzo di Secondo *suo padre;*

Mentre per contrario Terzo è parente *materno* di Terza e di Quarto, essendo loro congiunto per mezzo di Seconda, loro *madre*.

Indubitatamente vi sono casi in cui il carattere della parentela, che unisce due persone, è reciproco: così i fratelli e sorelle germani sono reciprocamente parenti paterni e materni gli uni degli altri: del pari che i figli di due fratelli sono reciprocamente parenti paterni, ed i figli di due sorelle parenti materni.

Ma la reciprocanza del carattere della parentela non è menomamente un fatto necessario: ben lungi da ciò! la qualità della parentela fra le stesse persone spessissimo varia, secondo che si consideri, sia nell' una, sia nell' altra. Laonde, fra due individui, uno può essere parente paterno dell' altro, mentre costui sarà parente materno del primo: del pari che un determinato individuo può essere nel tempo stesso parente paterno e materno di un altro, mentre costui sarebbe per contrario suo parente soltanto in una linea (*infra*, n. 336).

330—I parenti possono andar legati al defunto:

Sia nel tempo stesso per mezzo di suo padre e di sua madre;

Sia per mezzo di suo padre soltanto;

Sia soltanto per mezzo di sua madre.

Nel primo caso, appartengono nel tempo stesso alla linea paterna ed alla linea materna: il vincolo della parentela è doppio; e denominansi *germani* (soprattutto quando trattisi di fratelli e sorelle).

Nel secondo caso, appartengono
paterna: son dessi i parenti *uterini*

331.—Ed ora, quali parenti forn
sia delle due linee ad un tempo, si
trario di una sola linea?

Tal è la quistione che ci rimane
re, e che successivamente appliche
tre categorie della parentela, cioè:

A a' discendenti;

B agli ascendenti;

C a' collaterali.

332—A. E primieramente, circa i
scendenti del defunto, qualunque
grado, ed ancorchè sieno nati da div
puossi affermare, applicando loro
delle linee paterna e materna, com
mo già esposta, che essi sono nel te
so suoi parenti paterni e suoi parenti
avvegnachè, discendendo da lui me
te o immediatamente, il vero si è c
partengono del pari e per mezzo de
per mezzo della madre sua, i quali
trambi la comune sorgente di questa p

E così generalmente si è nell' abi
applicare a' discendenti del defunto l
delle due linee (confr. Chabot, t. I,
n. 3, 10; Duranton, t. VI, n. 165;
art. 733, n. 3).

Ma forse sarebbe più semplice d
che questa teorica è inapplicabile
denti del defunto, e, per quanto li r
non evvi luogo alla distinzione delle
paterna e materna.

Di fatti abbiam detto esser parent
chi vada legato al defunto per me
padre; e parente materno chi si con
defunto per mezzo di sua madre;

Or il discendente del defunto si le
tamente al defunto stesso e non p
del padre nè della madre di costui;

Dunque la base stessa su cui pog
stinzione delle due linee manca qui c
mente (confr. art. 733, 745 — 667
n. 363; Demante, t. III, n. 41).

Checchè sia di questa duplice sple
è indubitato che i discendenti del defu
bono sempre trattarsi come se appart
alle due linee.

333.—B. La divisione in due lin
plica per contrario perfettamente ag
denti del defunto, i quali di fatti, quasi
salvo alcuni casi eccezionali, sono suo
ti in una sola linea, sia paterna, sia n

E ciò è manifesto; dappoichè i par
terni o materni del defunto essendo q

gli appartengono per mezzo di suo padre o di sua madre, quelli fra' suoi ascendenti che gli appartengono per mezzo di suo padre possono essere suoi parenti paterni, del pari che quelli fra' suoi ascendenti i quali gli appartengono per mezzo di sua madre possono essere suoi parenti materni.

334.—Non pertanto può accadere che alcuni ascendenti del defunto sieno nel tempo stesso suoi parenti paterni e suoi parenti materni.

Questa ipotesi si avvera, quando un matrimonio abbia luogo fra parenti nati da diversi rami, ma che abbiano uno stipite comune.

Esempio:



Quarto e *Quarta*, cugino e cugina germani, avendo contratto matrimonio insieme, ne conseguita che *Primo e Prima*, *Secondo* e *Terzo* sono nel tempo stesso parenti di *Quinto*, loro discendente, nella linea paterna e nella linea materna: di fatti è manifesto che essi sono, gli uni e gli altri parenti di *Quinto*, e dal lato di suo padre *Quarto*, e dal lato di sua madre *Quarta*.

Da una parte Primo e Prima sono avo ed ava di Quarto, loro *nipote*, e di *Quarta*, loro *nipote*;

D'altra parte *Secondo*, padre di *Quarto*, è lo zio di *Quarta*; e *Terzo* similmente, padre di *Quarta*, è lo zio di *Quarto*.

Dunque avvi, nella linea ascendente tale, doppia parentela col defunto, e dal lato di suo padre e dal lato di sua madre (confr. pure decis. C. di Rouen 22 genn. 1841, Passé Dev., 1841, I, 175; ed *infra*, n. 374).

Non affermiamo altrettanto, per altro, di *Seconda*, la quale è soltanto ava *paterna* di *Quinto*, nè di *Terza*, la quale è soltanto ava *materna*; dappoichè Seconda, la quale è *parente* (la madre) di *Quarto*, è soltanto *affine* (la zia) di *Quarta*; del pari che *Terza*, la quale è *parente* (la madre) di *Quarta* è soltanto l'affine di *Quarto*.

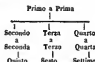
335.—C. Fra' collaterali alcuni sono sempre parenti del defunto nella linea paterna e nella linea materna.

Per contrario alcuni altri, i quali non sono quasi mai suoi parenti (salvo alcuni casi eccezionali) se non nell' una o nell' altra linea.

Nella prima categoria rinvengonsi:

1° I fratelli e sorelle germani del defunto, val dire quelli nati dallo stesso padre e dalla stessa madre;

2.° Tutti i figli e discendenti di questi fratelli e sorelle (confr. art. 733).



1° È manifesto che *Secondo Terza e Quarto*, fratelli e sorelle germani, sieno rispettivamente e reciprocamente nel tempo stesso parenti paterni e parenti materni l'uno dell'altro; dappoichè ciascun di essi va congiunto all' altro nel tempo medesimo per mezzo di *Primo*, suo padre, e di *Prima*, sua madre.

2.° È del pari evidente che *Quinto*, *Sesto* e *Settimo* sieno altresì nel tempo stesso parenti *paterni* e parenti *materni* de' fratelli e sorelle germani del padre e della madre loro; dappoichè *Quinto*, figlio di *Secondo*, si lega simultaneamente a *Terza*, sua zia, ed a *Quarto*, suo zio, per mezzo di *Primo*, padre di *Terza* e di *Quarto*, e per mezzo di *Prima*, loro madre; ed avviene altrettanto di *Sesto* riguardo a *Secondo* e *Quarto*; del pari che di *Settimo* riguardo a *Secondo* e *Terza*.

Ciò che diciamo circa i nipoti e le nipoti nati da fratelli e sorelle germani, riguardo ai loro zii e zie, è altronde ad evidenza vero eziandio circa i nipoti e le nipoti, nati da fratelli e sorelle germani, riguardo a' loro prozii ed alle loro prozie, ec. Comechè remoto il grado, sempre nel tempo stesso per mezzo del padre e della madre del suo prozio e della sua prozia, il pronipote, ec. si legherà a costoro.

E neppure è da aver riguardo se i discendenti da' fratelli e sorelle germani del defunto sieno nati dallo stesso padre e dalla stessa madre, o dallo stesso padre e da madri diverse, o dalla stessa madre e da padri diversi. Questa circostanza non offre la minima importanza, quando trattasi di determinare (come qui imprendiamo a praticare) il vincolo che unisce i discendenti da' fratelli e sorelle germani *a' loro zii* o *zie*, *prozii* o *prozie*, ec.; avvegnachè tal circostanza non impedisce che sempre *per mezzo del padre e della ma-*

dre del defunto loro zio o zia, ec., i nipoti o le nipoti, nati da fratelli o sorelle germani si leghino a lui.

Aggiugniamo semplicemente che se i fratelli e sorelle germani siano rispettivamente, *tra essi*, nel tempo stesso parenti nella linea paterna e nella linea materna, i loro discendenti non sono per contrario *tra essi* parenti se non nell' nno o nell' altra linea. Quando dicesi che essi appartengono nel tempo stesso alle due linee, ciò accade nnicamente in quanto vengono considerati come nipoti, ec., ne' loro rapporti di parentela co' loro zii o zie, ec. Ma tra essi e rispettivamente gli uni agli altri, è per contrario evidente mantenersi in una linea soltanto. Così, a cagion di esempio, nel quadro precedente, *Quinto* è il parente *materno* di Sesto, suo cugino germano; dappoichè si lega a lni soltanto per mezzo di *Terza*, madre di *Quinto*, e menomamente per mezzo di *Terzo*, suo padre.

336.—La seconda categoria, per noi testè annunziata (n.° 335), si compone di tutti i collatorali (diversi dai fratelli e sorelle germani del defunto, e loro discendenti), i quali, per lo più, appartengono ad una sola linea.

Tali sono i fratelli e sorelle, sia consangninei, sia uterini del defunto, ovvero, come suol dirsi, i *semi-fratelli* e le *semi-sorelle*; dappoichè è manifesto che i fratelli consanguinei, avendo soltanto lo stesso padre del defunto, ed una madre diversa, sono suoi parenti paterni; del pari che i fratelli uterini, avendo soltanto la stessa madre ed un padre diverso sono suoi parenti materni.

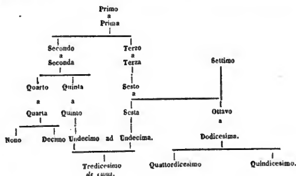
Ed è a dire altrettanto de' loro discendenti (confr. art. 733).

Tali sono pure gli zii o le zie, prozii e prozie, ec., del defunto, anche quando costui fosse nato da un fratello germano o da nna sorella germana di suo zio o di sua zia: è ben vero che il nipote e la nipote, nati da un fratello o da nna sorella germani, sono nel tempo stesso parenti paterni e parenti materni de' loro zii o zie, ec. (*supra*, n. 335): ma non evvi qui reciprocanza di doppio vincolo; dappoichè gli zii e le zie potendo legarsi a' nipoti o alle loro nipoti soltanto per mezzo del padre o della madre di costoro, per mezzo dell' uno o dell' altro soltanto, e non per mezzo di entrambi, è manifesto che potrebbero essere loro parenti, sia paterni, sia materni soltanto.

Abbiamo già detto altresì che i discendenti da' fratelli e sorelle, eziandio germani, sono rispettivamente, gli uni agli altri, parenti in una sola linea, comunque nati, gli uni e gli altri, da parenti che appartengono alle due linee (*supra*, n. 335).

337.—Si potrebbero multiplicare gli esempl; e scorgerebbesi sempre che i collaterali del defunto, tranne i suoi fratelli e sorelle germani ed i discendenti da' fratelli e sorelle medesimi, sono quasi sempre suoi parenti soltanto in una linea.

Non pertanto tal regola non è assolnta; e, per effetto di matrimoni tra dne famiglie, un parente collaterale, non fratello nè sorella germani del defunto, nè discendente da fratello o sorella germani del defunto, potrebbe nondimeno trovarsi suo parente nelle due linee.



Undecimo ed *Undecima*, cugini nati da germani, avendo contratto insieme matrimonio, da cotesta unione de' due parenti risulta che, nella linea collaterale, *Quarto*, *Nono* e *Decimo* sono nel tempo stesso parenti paterni e parenti materni di *Tredicesimo*; dappoichè vanno congiunti nel tempo stesso a lui e per mezzo di suo padre e di sua madre: difatti da una parte *Quarto* era il fratello di *Quinta*, madre di *Undecimo*; e d' altra parte lo stesso Quarto era pure il cugino germano di *Sesto*, padre di *Undecima*.

Ma, relativamente ad *Ottavo*, *Quattordicesimo* e *Quindicesimo*, sono ad evidenza parenti di *Tredicesimo* nella linea materna soltanto; dappoichè essi *gli* appartengono per mezzo di *Undicesima*, sua madre.

338.—Questi sviluppamenti ci sembrano bastare allo esplicamento della nostra regola.

Per quanto multiplici e svariate suppongansi le ramificazioni dell' albero genealogico, sarà sempre agevole determinare la linea onde ogni parente, eziandio il più remoto si lega al *de cujus*, assumendo per guida e bussola cotesta regola fondamentale, con cui abbiamo cominciato, e che ci servirà eziandio di conclusione cioè:

Sempre ed unicamente dal lato del *padre* o dal lato della *madre* del *defunto* stesso, val dire di colui della successione del quale trattasi, si determina, fra l' erede ed il *de cujus*, il carattere della parentela, sia paterna, sia materna (*supra*, n. 326).

339.—Rimane ora a determinare in qual modo la parentela ed i gradi di parentela possono stabilirsi, e quali sono le pruove ammessibili all' obbietto.

Regolarmente la pruova della parentela e de' suoi gradi risulta dagli estratti degli atti iscritti su' registri dello stato civile: atti di nascita, di matrimonio e di morte (art. 34 e seg., 194, 197, 198, 319 — 36, 190, 241).

E, a norma dell' art. 46—48: « Allorquando non si saranno tenuti i registri, o si saranno smarriti, avrà luogo la pruova, col mezzo tanto di documenti che di testimoni; ed in questo caso i matrimoni, le nascite e le morti potranno provarsi co' registri e colle scritture provenienti da genitori defunti, egualmente che per mezzo di testimoni » (*Ved.* il nostro t. I, n. 321 e seg).

340.—Ma può accadere, e spessissimo anche avviene, da un lato, che gli atti dello stato civile non vengano esibiti, e che d' altro lato neppur si dimostri che i registri non erano esistiti o che erano stati distrutti.

Allora in qual modo la parentela stessa, o i gradi della parentela potranno provarsi ?

Si è sostenuto che, in questo caso, la pruova erane ammessibile solo in conformità degli art. 320, 321, 323 e 324—242 243, 245 e 246, i quali determinano le condizioni della pruova in materia di richiamo di stato di figlio legittimo, e che conseguentemente la parentela potevasi dimostrare solo mercè del possesso di stato (art. 320), o della pruova testimoniale, la quale poteva essa medesima venire ammessa sol quando esistesse un principio di pruova scritturale o fatti quindi assodati ed abbastanza gravi per determinarne la ammissione (art. 323, 324 ; confr. Dev., 1839; I, 45).

Cotesta tesi così formulata è ad evidenza troppo assoluta.

Noi stessi avvisiamo che essa sarà ben fondata, quando la causa, tal quale verrà agitata, offrirà di fatti una vera quistione di stato; come se, a cagion di esempio, chi dimandi la eredità, pretenda essere figliuolo legittimo del *de cujus*, mentre il fratello di costui ovvero ogni altro erede non riconosca, per contrario, la filiazione pretesa dal reclamante (confr. il nostro t. V, n. 303, 304).

Ma avverrà diversamente, quando si tratterà semplicemente, fra le parti di una petizione di eredità o di una semplice quistione di genealogia, senza agitarsi nella causa veruna quistione di stato. In questo caso gli art. 320, 321 e 323 non saranno menomamente applicabili; e la pruova della parentela e de' gradi della parentela potrà farsi con altri mezzi, e segnatamente con titoli diversi dagli estratti de' registri dello stato civile.

Diremo tantosto quali specie di pruove saranno ammessibili (*infra*, n. 341).

Ma dimostreremo primieramente che possonsi ammettere in materia di successione, e per dimostrare la parentela, pruove diverse da quelle ammesse in materia di quistione di stato, e per dimostrare la filiazione:

1°. È indubitato che tal era la dottrina universalmente insegnata e praticata nella nostra antica giurisprudenza. Pothier ammetteva senza difficoltà che l' attore per petizione di eredità poteva dimostrare la sua genealogia non solo con atti di battesimo e di celebrazione di matrimonio, ma eziandio con *premesse di contratto di matrimonio*, egli diceva, o *di atti di divisione* (*Trattato del diritto di*

Proprietà, n. 382). Lebrun ammetteva del pari che *la pruova della parentela* o *del grado di parentela* poteva emergere *dagli atti di divisione, di vendita allo incanto*, *di tutela* (*delle Succ.* lib. I, cap. VI, n. 19; agg. Serres; Inst. *cons.*, lib. III, tit. V, p. 430; Basnage, su l'art. 146 della cons.di Normandia; Merlin, *Rep.* V. *Genealogia*, e V, *Successione*, sez. I, § 2, art. 5, n. 3).

2°. Gli autori del Codice Napoleone non hanno mutato cotesta dottrina, la quale è di fatti unisona ai principii generali del diritto, ed imperiosamente imposta dalla ragione o piuttosto dalla stessa necessità.

Da un lato gli art. 320, 323 e 324 risguardano la ipotesi di un' azione di reclamo di stato, val dire quando trattisi di conoscere se il reclamante dovrà o pur no venir dichiarato figlio legittimo di determinata persona;

Or, nella ipotesi in esame, trattasi non di reclamo di stato, ma unicamente di petizione di eredità; e l'unica quistione si è se il reclamante conseguirà o pur no la eredità del *de cujus*:

« Atteso,con moltissimo fondamento dichiara la Corte di cassazione in un giudizio di tal genere, che non trattavasi.... di giudicare una quistione di stato, si bene una quistione di genealogia e di parentela... » (arresto 18 dic. 1838, Cadroy, Dev., 1839, I, 44);

Dunque i su riferiti articoli non sono applicabili a tale ipotesi, onde non viene agitata veruna quistione di filiazione (confr. il nostro t. V, n. 284; Merlin, *Rep.*, t. XVII, v. *Quistione di stato*, § 2).

D' altro lato la ragione e la necessità stessa impongono ammettersi, in simil caso, altri generi di pruove. La legge non può imporre alle parti pruove impossibili: or tornerebbe per lo più impossibile stabilire una genealogia mercè la esibizione regolare e non interrotta di tutti gli atti dello stato civile, sino ai tempi antichi, e risalendo, come è spesso necessario in tali occasioni, a due o tre passate generazioni! Allora le parti possono ignorare in qual luogo gli atti siensi distesi: la stessa pruova testimoniale del possesso di stato, o del fatto diretto della filiazione, in conformità degli art. 320 e 323, può essere addivenuta impossibile con la morte dei testimoni; e siccome questa impossibilità emerge dalla antichità de' tempi e da circostanze indipendenti dal fatto delle parti, così è nel tempo medesimo razionale ed equo ammetterle ad esibire altre specie di pruova (confr. art. 46, 1348—48, 1302; decis. C. di Parigi 2 marzo 1814, Petit. Jean, Sirey, 1814, 2, 34; arresti C. cass. 8 nov. 1820, Petit, Sirey, 1821, I, 102; 11 gennaio 1824, Delaunay, Dev. e Carr., *Collez. nuova* 7, I, 374, 29, nov. 1826, Sirey, 1826, I, 71; 22 ag. 1831, Dev, 1834, I, 364; Decis. C. di Douai 12 lug. 1838, Delahaye, Dev. 1839, II, 256; arresto C. cass. 18 dic. 1839, *supra*).

341.—Ed ora quali possono essere queste pruove?

Le opinioni, su tal punto, sembrano essere state sempre alquanto oscillanti.

Alcuni vogliono ammettere soltanto atti autentici, come contratti di matrimonio, atti di tutela, ec.

Altri, i quali annuiscono alla esibizione degli atti privati, richieggono sempre nulladimeno eziandio pruove scritturali.

Relativamente alla pruova testimoniale, da parecchi esclusa, coloro medesimi i quali opinano essere ammessibile, l' ammettono con un principio di pruova scritta (conf.. Lebrum, Serres, Merlin, *loc. supra cit.*; Lapeyrière, L. S, v. *Successione*, n. 243).

In quanto a noi, avvisiamo che debbansi ammettere, in tale ipotesi, le stesse pruove dallo art. 46 dichiarate ammessibili nella ipotesi da esso contemplata: di fatti le due situazioni sono perfettamente simili. L' art. 46 contempla il caso in cui le parti si trovino nella impossibilità di esibire atti dello stato civile, non essendovi stati registri o essendosi distrutti: or le parti, nel caso in disamina, trovansi pure in questa impossibilità, atteso l' antichità de' tempi, e la ignoranza in cui sono de' luoghi dove gli atti han potuto distendersi: poco monta che tal causa non sia precisamente quella contemplata dall' articolo 46, essendo del pari indipendente dal fatto delle parti: dunque la ragione e la equità impongono che le pruove permesse dall' articolo 46 in uno de' casi sieno pure permesse nell' altro.

Or, a norma dell' art. 46, le nascite, i matrimoni e le morti possono dimostrarsi tanto per mezzo de' registri e carte provegnenti da genitori trapassati, quanto per mezzo di testimoni; ed abbiamo osservato che questa disposizione erasi interpetrata, nella giurisprudenza e nella pratica moderna, come i nostri antichi autori interpetravano un tempo l'articolo 14 del titolo XX della ordinanza del 1667, di cui l' articolo 46 C. Nap. è quasi la riduzione; che erasi, noi diciamo,

interpetrata nel senso che il legislatore attribuiva a' magistrati amplissima latitudine ed un potere prudenziale su la quistione quali specie di pruove potessero, secondo i diversi casi, ammettere o escludere (*ved.* su questa tesi il nostro t. I, n. 325).

Conseguentemente avvisiamo competere di fatti al magistrato disaminare lo stato de' fatti. ed ammettere o escludere, secondo le specie, sia le scritture private, sia la pruova per mezzo di testimoni con principio di pruova scritturale o senza il medesimo, sia finalmente le presunzioni (arg. dell'art. 1353+1307; arresti C. cass. 16 feb. 1837, Coste, D., 1837, I, 253; 20 mag. 1838, Roche, D., 1838, I, 205.)

Ciò risguarda il diritto; e non distinguiamo all' uopo, come parrebbe essersi voluto praticare, il caso in cui trattisi di provare la parentela dal caso in cui, trovandosi provata la parentela, trattisi di provarne il grado. I motivi da cui siamo mossi escludono di fatti, ogni distinzione di tal genere (confr. decis. C. di Parigi 2 marzo 1814, Petit. Iean, Sirey, 1844, II, 31).

In fatto, indubitatamente i titoli autentici otterranno in generale, presso il magistrato, maggior fede.

Ma è agevole comprendere che le scritture private, i registri domestici, le carte di famiglie, possono somministrar del pari, in tali quistioni di genealogia, preziose indicazioni ed eziandio vere pruove.

I fatti eziandio di *possesso di stato* debbonsi al certo prendere pure in considerazione, come se chi pretendesi essere stato parente, ne abbia conseguito i vantaggi, e sopratutto se ne abbia sopportato i pesi, *essendo stato chiamato*, come diceva Basange, *negli affari onerosi della parentela, come di nutrimento e di tutela* (su l'art. 146 della cons. di Normandia), e similmente ancora se le persone si trattassero reciprocamente come parenti, col chiamarsi, a cagion di esempio, zio o nipote, o cugino ec.

Laddove sorgano, come spesso accade in queste indagini genealogiche, dubbi su la identità delle persone, converrà attenersi principalmente, per rinvenirli, alla identita dei nomi e cognomi, sopratutto quando non verrà dimostrato che, nel tempo stesso, più individui abbiano assunto gli stessi nomi e cognomi: *ex identitate nominis et cognominis*, diceva il presidente Fabro, *praesumitur identitas personarum, si non in contrarium probetur diversitas* (Cod. lib. IV, tit. XI, defens. 35).

Talvolta altresì si ricorre, per risolvere tali quistioni d' identità, al confronto delle sottoscrizioni apposte, mercè fac-simile, a' diversi atti racchiudenti lo stesso nome: la simiglianza o dissimiglianza di tali firme divengono quindi pruove pro o contro la identità della persona.

Compete al magistrato esaminare tali varie specie di pruove in fatto, in ciascuna delle specie sommessegli (confr, i giudicati riferiti, *supra*, n. 340; e decis. C. di Lione 27 giugno 1834, Buisson, Dev., 1834, II, 349; *D. rac. alfab.* (nuova ediz.) v. *Success.*, t. 41, p. 204, n. 181-183).

342.—Nel nostro antico diritto veniva insegnato che la pruova della parentela, ad obbietto di escludere il Fisco, dovevasi ammettere molto più facilmente che quando si trattasse di sentenziare tra più persone, le quali si contendessero una eredità a titolo di parentela; ed allora dovevasi, come si afferma, contra il fisco contentarsi *di semplici indizi* (conf. Lebrun ed Espiard, suo annotatore, lib. I, cap. VI, n. 19; Serres, Inst. *cons.* lib. III, tit. V, p. 431).

Non potrebbesi fermare oggidì per tesi di diritto tal differenza: ciò che puossi semplicemente dire si è che, quando trattisi stabilire una parentela nel dodicesimo grado (confr. art. 755, 768 + 673, 684), le pruove precise e rigorose addivenendo viepiù malagevoli a somministrare, il potere di prudenziale valutazione de' magistrati va così aumentando di necessità; ma non è questo un motivo per porre lo Stato, ovvero, come suol dirsi, il fisco, in certa guisa *fuori la legge!*

343.—Non abbiamo dovuto precedentemente intrattenerci intorno alla affinità ed agli affini del defunto.

L' affinità non eredita ! è massima proverbiale del dritto francese. E' vero che può venir chiamato il coniuge del defunto; ma i coniugi medesimi i quali sono la sorgente dell' affinità, non sono effettivamente affini, nè formano un solo! (Confr, il nostro t. III, n. 140, art. 731, 755, 767, 768 — 654, 673, 683, 684).

—

§ 2.

Esposizione dei vari sistemi di successione intestata, osservati in Francia, sia nella nostra antica legislazione, sia nella legislazione intermedia.

SOMMARIO.

344. — Divisione.
345. — N. 1. De' sistemi di successione osservati in Francia sotto lo impero dell' antica legislazione. — A. Delle provincie di diritto scritto.
346. — B. Delle provincie consuetudinarie.
347. — Continuazione. — De' beni proprj ereditarj e degli acquisti.
348. — Della successione deferita a' figli e discendenti del defunto.
349. — In mancanza di discendenti, investigavansi la natura e la origine de' beni. — Della regola *paterna paternis, materna maternis.*
349 *bis.* — Continuazione.
350. — Della successione ne' mobili ed acquisti.
351. — La regola generale si era che la prossimità del grado di parentela determinava la preferenza; ed i parenti in egual grado succedevano in concorso. Nondimeno cotesta regola soggiaceva a due eccezioni.
352. — Della rappresentazione.
353. — Del privilegio del doppio vincolo.
354. — Della successione feudale. — De' beni nobili.
355. — N. 2. Del sistema di successione intestata sotto l' impero della legislazione intermedia. — Tutti i privilegi fondati su la nobiltà de' beni e delle persone trovansi primamente tolti via.
356. — La legge degli 8-15 aprile 1791 abolì pure tantosto i diritti di primogenitura o di mascolinità; e le ineguaglianze tra' figliuoli nati da diversi matrimonj.
357. — Precisamente la legge del 17 nevoso anno II debbesi risguardare come il codice delle successioni intestata della legislazione intermedia. — Tre notabilissime regole caratterizzano il sistema stabilito con quella legge.
358. — Disamina generale. — Conclusione.

344.—Innanzi di scendere allo esame del sistema del Codice Napoleone su le successioni intestate, abbiam detto (*supra*, n. 318) che era importante far conoscere le basi generali ed i principali caratteri de' sistemi anteriori osservati in Francia:

1°. A norma dell' antica legislazione;

2°. A norma della legislazione intermedia.

Dobbiamo ora farne la rapida esposizione.

345.—N° 1. Le due legislazioni, il diritto scritto ed il diritto consuetudinario, imperanti nel reame sotto l' antica monarchia francese, offrivano in questa materia, forse più che in ogni altra, gravissime differenze.

A. Nelle provincie di diritto scritto osservavasi, salvo alcune modificazioni, il sistema di successione intestata del diritto romano nel suo ultimo stato, come avealo fermato Giustiniano con le sue Novelle 118 e 127.

Da un lato tutti i beni del defunto costituivano una sola massa, una eredità unica, sottoposta alle stesse regole di trasmissione, in tutti gli elementi che la componevano, e di cui non indagavasi la natura nè la origine: *non unius duo patrimonia*, aveva detto Papiniano (L. 30, § 1, ff. *de excusationibus*): e di qui si desunse la regola generale: *una persona, unicum patrimonium;* (confr, Laferrière, *Storia del Diritto*, t II, p. 522).

D'altro lato cotesto sistema di trasmissione, precipuamente fondato su l' ordine della natura e sulle affezioni presunte del defunto, successivamente chiamava a succedere tre classi di eredi, cioè i discendenti, gli ascendenti ed i collaterali.

La preferenza veniva in generale determinata, innanzi tutto, dalla classe, dalla categoria della parentela; e poscia, fra parenti della stessa categoria, la prossimità del grado determinava la chiamata, a qualunque linea di parentela altronde appartenesse il più prossimo : *hos praeponi jubemus, qui proximo gradu reperiuntur .. . sive paterni sive materni sint* (Nov. 118, cap. XI).

Non pertanto cotesta regola soggiaceva a modificazioni sotto ambedue i rapporti:

In primo luogo, e rispetto alla chiamata successiva e gerarchica delle tre classi di parenti i fratelli e le sorelle germani, ed eziandio i loro figliuoli in primo grado (in conformità della Novella 127), comunque pertinenti alla terza classe, concorrevano con gli ascendenti ed escludevano tutti gli altri collaterali, eziandio i fratelli e le sorelle consanguinei o uterini: questo appunto denominavasi *privilegio del doppio vincolo*; e costoro, alla volta loro, cioè i fratelli e le sorelle da un solo lato, *ex uno parente*, del pari che i loro figli, quando il defunto non lasciava fratelli nè sorelle germani, nè nipoti nati da' fratelli e sorelle medesimi, venivano chiamati a succedere ad esclusione di tutti gli altri collaterali.

In secondo luogo, e per ciò che risguardava, in ciascuna classe, la chiamata emergente dalla prossimità del grado, la rappresentazione vi apportava eccezione in linea retta discendentale allo infinito, ed in linea trasversale a pro de' figliuoli in primo grado de' fratelli e sorelle, sia germani, sia consanguinei, sia uterini, *paternum adingredientes gradum* (Nov. 127, *praefatio.*)

Altronde la divisione aveva luogo, fra gli eredi, per capi, eccetto: 1°. in caso di una eredità spettata ad ascendenti dello stesso grado ed appartenente a ciascuna delle linee paterna e materna: la eredità allora veniva dapprima divisa *ex aequo* fra le due linee; 2°. in caso della rappresentazione in cui ammettevasi la divisione per istirpi: *quam successionem in stirpes vocavit antiquitatis* (Nov. 118, cap. 1 o XI, confr. Serres. Inst. *del Diritto franc.*, lib. III, tit. 1 ; Lebrun, *delle Success.*, lib. II, cap. 1, sez. II; Davot e Bannelier, Trattato, ec; del *Diritto franc.*, ad uso del ducato di Borgogna, t. III, lib. III, trattato V, cap. I; Merlin, *Rep.*, v. *Paterna paternis*, sez. 1).

Sia qualunque il giudizio che vogliasi, sotto alcuni punti di veduta, emettere su questo sistema, almeno è forza confessare essere sommamente semplice e chiaro.

346.—B. Per contrario infinitamente complicato era il sistema, o piuttosto i sistemi innumeri, e vari di successione intestata, da cui venivano regolate le antiche provincie consuetudinarie.

Non imprenderemo ad esporre qui tutti gli stabilimenti e tutte le varietà, ci limiteremo ad accennare quelle fra le regole più generali e relevanti le quali, in cotesle sparite instituzioni, diffondono ancora lumi ed insegnamenti su le instituzioni imperanti.

Al primo posto di coteste regole apparisce la fondamentale distinzione che il diritto consuetudinario recava fra' diversi elementi del patrimonio ereditario per determinarne la trasmissione. La conservazion de' beni nelle famiglie constituiva il suo precipuo scopo; e solo subordinatamente (per una determinata specie di beni soltanto, cioè, i *mobili* e gli *acquisti*) attenevasi all' ordine presunto delle affezioni del trapassato.

Lo spirito del nostro diritto consuetudinario, dice Pothier, *si è che ciascuno conserva alla sua famiglia i beni provenutigliene* (Trattato de' Beni propri, Introduz.) E di qui nacque *la successione ne' beni propri*, ed eziandio il *retratto successorio*, e *le riserve consuetudinarie*.

Dunque all' obbietto le consuetudini distinguevano i mobili dagl' immobili; e fra gl' immobili i propri dagli acquistati.

La successione ne' beni propri veniva regolata diversamente dalla successione ne' mobili e negli acquisti; talchè queste diverse specie di beni constituivano, nella stessa successione, altrettante distinte successioni cui venivano chiamati vari eredi.

347.—I beni propri ereditari erano, dice Pothier, « i fondi de' nostri antenati o altri parenti, trasmessici per successione o per altro titolo equipollente a successione. »(Introd. generale alle cons., cap. II, art. 3).

Altronde facevansi fra' beni propri innumeri divisioni;e distinguevansi i *beni propri reali*, *i beni propri fittizi perfetti* o *imperfetti*, *ed i beni propri convenzionali*; *i beni propri nascenti; i beni propri paterni ed i beni propri materni*; *i beni propri di linea, ed i beni propri senza linea* (confr. Pothier, *loc. supra cit.*, e Trattato *de' Beni propri*, sez. 1, § 1 e seg.; Lebrun, *delle Success.*, lib. II, cap. 1, sez. 1; Merlin, *Rep.*, v, *Beni propri*).

I predi i quali non avevano qualità di *beni propri* denominavansi *acquisto*.

348.—La intera eredità veniva primieramente devoluta a' figli e discendenti del defunto, i quali la dividevano tra essi per capi o stirpi; secondo che eravi luogo o pur no alla rappresentazione (*infra*, n. 352). Ed ancora in questo primo ordine di successione dovevansi fare molte distinzioni tra figli e le figlie dotate o pur no, escluse in moltiplici consuetudini, sempre con lo stesso spirito di conservazione de' beni nelle famiglie; tra' primogeniti ed i secondogeniti; tra' figli nati dallo stesso matrimonio o da matrimonj diversi, *da letti infranti e da letti a parte*, come dicevasi in alcune provincie (Cons. di Lorena, art. 125; Lebrun, lib. I, cap. IV, sez. V).

L' ordine de' discendenti escludeva altronde tutti gli altri e per tutti i beni, la qual cosa dinotavasi con le espressioni: *Finchè siavi stipite, l' albero non si biforca. . . Val dire*, afferma Loisel, *finchè dura la linea diretta, la trasversale non può aver luogo* (Inst. cons., lib. II, tit. V, regola 7, ediz. Dupin e Laboulaye).

349. Ma, quando il defunto non lasciasse *erede di proprio corpo* (Cons. di Orleans, art. 313), val dire in mancanza di discendenti, andavansi investigando la natura e la origine de' beni.

La succesione ne' beni proprj andava devoluta a' parenti della linea e della stirpe da cui erano provenuti; di qui la celebre regola: *Paterna paternis, materna maternis.*

Le consuetudini, di accordo in generale su questo principio, offrivano non pertanto, nella sua applicazione, molte diversità:

Alcune risalivano sino alla origine de' beni proprj, cioè fino a colui il quale fu il primo a stabilirli nella famiglia; ed esse li destinavano unicamente a coloro i quali discendevano da questo primo acquistante: eran queste le consuetudini *di stirpi*, come, per esempio, quella di Touraine;

Altre, come la consuetudine di Parigi, benchè risalissero altresì alla origine de' beni proprj, gli attribuivano non solo a'discendenti del primo acquistante, ma a tutta la sua parentela: eranqueste le consuetudini di *latoe linea*, denominate così,bastando, per succedero nei beni proprj, andar legato di parentela collaterale chi aveali posti in famiglia.

Finalmente alcune non risalivano alla origine de' beni proprj, ed attribuivano indistintamente a tutti i parenti paterni del defunto i predj provenutigli dalla eredità di suo padre o di qualcuno de' suoi parenti paterni; ed a tutti i suoi parenti materni i predj provenutigli dalla eredità di sua madre o di qualcuno de' suoi parenti materni: eran queste le consuetudini di *semplice lato* (confr. cons. di Normandia, art. 244; Loisel, *loc. supra cit.*; Lebrun, lib. II, cap. I, sez. II; Merlin, *Rep.* v. *Paterna paternis*).

Dalle quali cose emergeva che un parente collaterale remoto poteva escludere l' ascendente forse più prossimo del defunto, ed era di fatti una delle massime più indubitate un tempo, nella subbietta materia, che *i beni proprì non risalgono* (art. 312 cons. di Parigi), ovvero più esplicitamente, che *gli ascendenti non succedono a' discendenti* (articolo 2, tit. *delle Successioni*, cons. di Alvergna); la qual cosa intendesi, per altro, unicamente, aggiugneva Lebrun, rispetto a'beni proprj (lib. I, cap. V, sez. V, n. 2).

Quale era mai la origine di cotesta regola? era questo un punto alquanto oscuro, e che non dobbiamo qui approfondire. Fra le diverse opinioni venute in campo, la meglio fondata ci parrebbe quella a norma di cui tal regola stabilita dapprima riguardo a' feudi, i quali furono renduti ereditarj solo in favore de'discendenti de'vassalli,ead esclusione degli ascendenti, che la età loro rendeva incapaci allo armeggiare, fosse stata dappoi estesa alla successione de' beni allodiali (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Paterna paternis*;Loisel,Inst. cons., lib. II, tit. V, regola 16, ediz. Dupin e Laboulaye; Taulier, t. III, p, 65).

Non pertanto osserviamo che questa regola era soggiaciuta, nell' ultimo stato del diritto consuetudinario, a notevoli modificazioni. Laonde gli ascendenti succedevano, non solo in mancanza di ogni parente dal lato onde i beni proprj erano provenuti, ma eziandio quando essi medesimi trovavansi i più prossimi da questo lato; avvegnachè la massima *i beni proprì non risalgono*, avendo per iscopo d' impedire che i beni proprj si frammettessero in altra linea, *ne labantur in diversam lineam*, erasi con fondamento divisato non avere, in questo ultimo caso, ragion di esistenza (confr. art. 317 della cons. di Orleans; Lebrun *loc. supra cit.*, sez. IV, Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 28).

349 *bis*.—E' uopo altresì far menzione del diritto in forza di cui gli ascendenti venivano chiamati a succedere ne' beni proprj, che avevano donati a' loro figli, quando costoro trapassassero senza prole (confr. cons. di Parigi, art. 313; di Orleans, art. 315).

350.— Relativamente alla successione nei mobili ed acquisti, le consuetudini avevano tolto in generale per regola l' ordine presunto delle affezioni del trapassato; e, sotto questo rapporto, erano concepute nello stesso spirito del diritto di Giustiniano, tal quale veniva osservato nelle provincie di diritto scritto; ma nulladimeno differivano ancora, in molti punti, dal diritto scritto, del pari che altronde differivano tra esse le une dalle altre; ed il determinamento di questa successione ne' mobili e negli acquisti offriva altresì massima diversità ne' particolari della sua applicazione, secondo le diverse provincie.

Laonde, a cagion di esempio, a differenza delle Novelle 118 e 127, le quali facevano concorrere con gli ascendenti i fratelli e sorelle germani, ed i figliuoli de' fratelli e sorelle premorti (*supra*, n, 345), la consuetudine di Parigi chiamava per contrario a succedere gli ascendenti ad esclusione di tutti i collaterali (art. 311).

Quindi la consuetudine di Parigi e la consuetudine di Orleans, unisone in ciò che *riguardava* la successione ne' mobili, regolavano per l' opposto diversamente l' una dall' altra la successione negli acquisti, per cui, come dicemmo, la consuetudine di Parigi preferiva gli ascendenti a' fratelli e sorelle, mentre la consuetudine di Orleans preferiva a' fratelli e sorelle il padre e concedeva un diritto di usufrutto agli avi ed avolo in concorso coi fratelli e sorelle (confr. cons. di Orleans, articolo. 313e317; di Parigi, art. 316; Pothier.

Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 25. , 27).

Nulladimeno in generale lo spirito delle consuetudini si era il dividere per metà la eredità de' mobili ed acquisti fra le due linee paterna e materna del defunto; ed alcune altre, dopo aver così diviso e ripartito la eredità stessa fra le due linee, la dividevano e ripartivano anche allo infinito fra' diversi rami di ogni linea. Tal ripartizione aveva non pertanto fatto sorgere acerrime controversie; e la giurisprudenza forense pareva ammetterla o escluderla, secondo che gli eredi trovavansi, in ciascuna delle linee, in gradi eguali o gradi ineguali (confr. Lebrun, lib. II, cap. 1, sez. II, n. 13; Merlin, v. *Divisione e ripartizione*, e *rappresentazione*, sez. II, § 1, n. 5 e 12.)

351.—Altronde la regola comune, in queste diverse specie di successione, si era che la prossimità del grado di parentela determinava la preferenza; ed i parenti in egual grado venivano chiamati coogiuntamente in concorrenza.

Nulladimeno la regola medesima soggiaceva a due eccezioni:

La prima, risultante dalla *rappresentazione*.

La seconda, *dal privilegio del doppio vincolo*.

352.—Relativamente alla rappresentazione, le consuetudini offrivano pure molte varietà.

Quattro di esse (di Poutbier, Bonlonnois, Artois ed Hainaut), non l'ammettevano giammai, neppure in linea retta.

Ma in ciò erano affatto eccezionali; e la rappresentazione in linea retta allo infinito formava per contrario il diritto comune dei paesi consuetudinari.

Rispetto alla rappresentazione in linea collaterale, distinguevansi tre classi di consuetudine.

Alcune la escludevano pienamente;

Altre l'ammettevano ne' termini della Novella 118 a pro de' nipoti del defunto (Cons. di Parigi, art. 320; di Orleans, art. 318);

Altre finalmente, *il cui spirito*, dice Pothier, *si era il conservare la eguaglianza fra le linee*, ammettevano la rappresentazione in linea collaterale allo infinito, in qualsiasi grado, eguale o ineguale, a condizione, per altro, quando si trattasse della eredità di beni proprj, che il rappresentante appartenesse alla linea da cui erano provenuti i beni proprj (Pothier, *delle success.*, cap. II, sez. III, § 2.)

353 —Il privilegio del doppio vincolo non arrecava, come la rappresentazione, eccezione alla regola che il parente del grado più prossimo esclude il parente del grado più remoto. Di fatti sol quando i parenti uniti al defunto col doppio vincolo *ex utroque parente* si trovassero *in simil grado* co' parenti che gli erano uniti col semplice vincolo, *ex uno parente*, i primi erano preferiti a' secondi: dunque il privilegio del doppio vincolo apportava eccezione a questa parte della regola, a norma di cui i parenti in egual grado venivano chiamati in concorrenza.

Riflettasi altresì che questo privilegio sussisteva nella eredità de' mobili ed acquisti, e non mai nella eredità de' beni proprj (art. 330 Cons. di Orleans); dalle quali cose conseguitava, per esempio, che, per la successione ne' beni proprj paterni, il fratello consanguineo del defunto aveva tanto dritto quanto il fratello germano; avvegnachè, al postutto, ambedue non appartenevano alla linea da cui que' beni provenivano.

Del resto le consuetudini variavano sul privilegio del doppio vincolo del pari che su la rappresentazione:

Alcune l'ammettevano, in conformità del diritto di Giustiniano, a pro de' fratelli e sorelle, e de' nipoti (*supra*, n. 345);

Altre aggiugnendovi gli zii e le zie;

Per contrario questo concedendola a' soli fratelli e sorelle, senza aggiugnervi i nipoti.

Alcuni altre eziandio serbavano silenzio all' obbietto; e generalmente divisavasi, ad onta di certe divergenze, che, in tali consuetudini, la prerogativa del doppio vincolo non potevasi esercitare, *essendo contraria alla regola generale delle successioni, la quale le deferisce a tutti i parenti in pari grado*; egualmente che nelle consuetudini che la concedevano a taluni parenti non potevasi estendere ad altri parenti (confr. Pothier, *Delle Success.*, cap. II, sez. III, art. 2, § 2 e 3. Lebrun, lib. I, cap. IV, sez. II; Merlin, *Rep.* v; *Doppio vincolo*.)

354. — Abbiamo specialmente esposto, in tutto ciò che precede, le regole della successione ne' beni allodiali, della *successione allodiale*.

Non dobbiamo qui rammentare la *successione feudale*, nella quale distinguevansi i beni immobili in nobili ed ignobili, ed in cui la trasmissione ereditaria de' beni nobili o

feudali andava sottoposta a regole particolari le quali diversificavano parimente tra esse, secondo le varie consuetudini (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. II, sez. I, art. 2; ed Introd. al tit. de'feudi, cap. IX. della success. ne' feudi. n. 292 e seg.)

355.—N.° 2.—Tal era, in questa materia, lo stato dell' antica legislazione francese, io tempo della rivoluzione del 1789.

Non poteva essere dubbia la sorte riservatale in quella politica e sociale trasformazione.

Con la legge del 4 agosto 1789, l' Assemblea nazionale *interamente annientò il sistema feudale* (art. 1); e quindi sparirono dapprima tutti i privilegj poggianti su la nobiltà de' beni e delle persone. Non pertanto precisamente con la legge del 15 marzo 1790 (tit. 1, art. 11) *gli effetti generali della distruzione del sistema feudale* vennero applicati alle successioni.

356.—Ben presto la legge degli 8-15 aprile 1791 proclamò il principio della eguaglianza di tutti i figliuoli nella famiglia.

Non più diritti di primogenitura! non più diritti di mascolinità! non più esclusioni consuetudinarie in linea retta ne' in linea collaterale! non più differenza da ultimo tra' figli nati da diversi matrimonj! (art. 1).

La rappresentazione avrà luogo eziandio in avvenire dovunque allo infinito in linea retta discendentale (art. 2).

Per modo che i figli e discendenti indistintamente succedono tutti egualmente, sia per capi, sia per istirpi, qualora siavi luogo alla rappresentazione (confr. leggi de' 19-26 marzo 1790; del 29 nov. 1790; de' 4 gennaio e 30 settembre 1793; arresto C. cass. 8 agosto 1838, Remy, Dev., 1838, 1, 847.)

357.—Ma precisamente la legge del 17 nevoso anno II debbesi segnatamente risguardare come il codice delle successioni intestate della legislazione intermedia.

Tre principali regole particolarmente caratterizzano cotesto sistema.

In primo luogo la legge dichiara che *essa non ammette alcuna differenza nella natura de' beni o nella loro origine per regolarne la trasmissione* (art. 62). Laonde trovansi abrogate le distinzioni consuetudinarie de' mobili ed immobili, de'beni proprj e degli acquisti, e, conseguentemente, l'intero sistema *paterna paternis, materna maternis:* è questo il ritorno al diritto comune, il quale sanciva la unità del patrimonio (*supra*, n. 345).

In secondo luogo, in mancanza di figli e discendenti del defunto (art. 64-68) la legge dispone che *se gli eredi del defunto discendano, alcuni da suo padre, gli altri da sua madre, una metà della eredità verrà attribuita agli eredi paterni, e l' altra metà agli eredi materni* (art. 83). Laonde, mercè tal divisione, *ripartizione*, ciascuna delle linee, se non succeda più esclusivamente a' beni provenuti dal suo lato, vi succederà sempre, almeno per la metà.

E pongasi mente che la legge abroga il privilegio del doppio vincolo, soggiugnendo semplicemente che, se parenti collaterali discendano nel tempo stesso dagli autori di più rami chiamati alla successione, conseguiranno cumulativamente la porzione cui vengono chiamati in ciascun ramo.

Ma è forse uopo, dopo la *ripartizione* fra le due linee, procedere ad una seconda *ripartizione* fra' diversi rami di ciascuna linea? la legge del 17 nevoso nulla disponeva positivamente; e fu questa una delle più famose ed agitate quistioni di quella epoca transitoria. Il tribunal di cassazione, al quale erasi sottoposta, ne fece relazione al potere legislativo nel 21 germile anno VI. Una commessione, destinata dal consiglio de' Cinquecento, aveva proposto una soluzione contraria *al* sistema della seconda ripartizione; ma cotesto progetto venne escluso nel dì 8 nevoso anno VII; ed il tribunal di cassazione accolse la *seconda ripartizione* nel 18 germile (Havard) e nel 28 messidoro dello stesso anno (Bourla, Dev. e Car; collez. nuova, I, 1, 148). Nulladimeno il successo di cotesta opinione perdurò brevemente; ed il tribunal di cassazione medesimo emise dappoi alquanto numerosi arresti proscriventi per contrario il sistema della seconda ripartizione (confr. *supra*, n. 350 ed *infra*, n. 374; art. 77 ed 83 della legge del 17 nevoso anno II, arresti C. cass. 12 nebbioso. Bourla; 1 ed 11 nevoso anno IX, Navaria, Sirey, 1801, II, 648; 13 fiorile anno X, Lecachenx, Sirey, 1802, I, 292; 4 ventoso anno XI, Bourla, Sirey, 1803, II, 297; 13 messidoro aono XII, Despinoy, Sirey, 1804, II, 729; Merlin, *Quist. di diritto*, v. *Successione*, § 8).

Da ultimo la terza regola notabile della legge del 17 nevoso è relativa alla chiamata dei diversi ordini di eredi: quella legge statuì che *i parenti collaterali del defunto succedono eziandio in detrimento de' suoi ascendenti, quando discendano da essi o da altri ascen-*

denti nello stesso grado(art. 76.); ed essa ammette *la rappresentazione sino allo infinito in linea collaterale* (art. 77).

Dalle quali cose conseguita:

Da un lato, che non solo i genitori sono esclusi da' fratelli e sorelle; ma che gli avi e le avole sono esclusi dagli zii e dalle zie; le bisavole da' prozii, ec;

E d'altro lato, che gli ascendenti sono esclusi non solo da' nipoti, pronipoti, ec., succedenti per rappresentazione de' fratelli e sorelle, ma eziandio da' cugini e figliuoli dei cugini, di grado più o meno remoto, succedenti per rappresentazione degli zii o zie, dei prozii e delle prozie, ec. (Art. 77, 78, 79, 80, 81).

Ed in questi casi, in conformità delle regole della rappresentazione, la eredità va ripartita fra tutti i nipoti o pronipoti, cugini o figliuoli de' cugini, ec., *in tante parti quanto sono i rami chiamati a conseguirla*; *e la suddivisione si fa nella stessa guisa fra coloro che ne formano parte* (art. 83; confr. *Codice delle success. e spiegaz. della legge del 17 nevoso anno* II del cittadino Vermeil; e Laferrière, *Storia de' principî, delle instituzioni e delle leggi della rivoluzione francese*, lib. II, cap. II, sez. II, p. 313 e seg.)

358.—Tale fu, nelle principali sue basi, cotesta famosa legge, in cui ben si ravvisa il distintivo carattere di tutte le grandi riforme legislative di quella epoca: da un lato regole eque e vere, adatte alla constituzione ed ai costumi della novella società francese; ma d'altro lato le conseguenze di questo regole attinte sino nelle più radicali e false esagerazioni.

Sarebbe al certo indebita cosa il non rendere alla legge del 17 nevoso anno II la giustizia sotto molti rapporti dovutagli. Essa non aveva semplicemente il merito di surrogare regole uniformi a tutte le varietà del diritto romano e delle consuetudini. Essa fermava inoltre, pel regolamento delle successioni intestate, basi che lo stesso legislatore del 1804, in tempi più tranquilli, doveva bentosto raffermare e sancire. La soppressione di ogni distinzione de' beni, in ragione della natura loro e della loro origine, e per supplirvi, la divisione della totale eredità fra le due linee della parentela, il principio della classificazione degli eredi in tre ordini, discendenti, ascendenti o collaterali (art. 63): eran queste indubitamente disposizioni inspirate dal lodevole e politico desiderio di conservare i beni nelle famiglie, e seguitare, per la devoluzione ereditaria, l'ordine presunto delle naturali affezioni del defunto.

Ma di poi quali abberrazioni! e quali eccessi! era questo il trionfo di quello spirito di democrazia radicale, senza discernimento, e senza freno, il quale vuole sospingere, sempre ed in ogni caso, al frazionamento della proprietà ed al livellamento de' beni di fortuna! Ed ecco come dipartendosi, oltre tutti i limiti, dalla regola della prossimità del grado di parentela qual causa di preferenza, la legge del 17 nevoso chiamava a succedere una multiplicità di eredi, mercè di questa rappresentazione che aveva ammesso allo infinito, in linea collaterale, eredi che si presentavano in vece di parenti trapassati da remotissimo tempo: dalle quali cose emergeva, nelle liquidazioni di eredità, una sorgente inesauribile di complicazioni e di giudizî. La distinzione fatta da questa legge nel tempo stesso tra la famiglia superiore e la inferiore del *de cujus* (art. 76, 77), distinzione indubitatamente fondata su considerazioni gravissime, era altronde inefficace ad emendare il vizio radicale di cotesto sistema.

Ma ciò che sia violento ed eccessivo non può perdurare: era manifesto che simile legislazione non poteva constituire il reggimento della Francia rigenerata e calma.

§ 3.

Esposizione delle basi generali del sistema di successione intestata, sancito dal nostro Codice.

SOMMARIO.

359. — Passaggio. — Il sistema del Codice Napoleone sulle successioni intestate è stato desunto in parte dal diritto scritto, in parte dal dritto consuetudinario.

360. — A due cose debbesi in generale aver riguardo in materia di chiamata ereditaria; primieramente all'ordine della parentela; indi, fra parenti dello stesso ordine, alla prossimità del grado.

361. — Il Codice distingue quattro classi o categorie di parenti.

362. — La regola a norma di cui, tra parenti della stessa classe, la preferenza risulta dalla prossimità del grado, può modificarsi mercè la rappresentazione. — Rimando.

363. — Della successione deferita a' figli e discendenti.

364. — Della successione deferita ad ascendenti o collaterali. — Questa successione poggia su due basi principali.

365. — Da un lato la legge non ha riguardo alla natura nè alla origine de' vincoli per regolare la successione. Quindi trovasi diffinitivamente abrogata la regola *paterna paternis*. — Per quali motivi?

359. — La storica esposizione testè fatta renderà molto più breve quanto dobbiamo or dire intorno alle basi generali su cui gli autori del Codice Napoleone han poggiato il loro sistema di successione intestata; avvegnachè, essendosi da essi desunte tali basi, in parte dal diritto scritto, in parte dal diritto consuetudinario, già trovansi a noi note.

360.—E primieramente l'art. 731 — 654 dichiara :

« Le successioni si deferiscono a'figli e di-« scendenti del defunto, a'suoi ascendenti ed « a' parenti collaterali, nell' ordine ed a te-« nore delle regole determinate qui sotto. »

A' parenti del defunto (sino al 12°. grado, art. 755—673) vien deferita la successione; ma la legge, per altro, non li chiama tutt'indistintamente; ed essa per contrario determina un ordine, in certa guisa, gerarchico di chiamata.

La regola generale si è che la preferenza vien determinata primieramente dalla qualità della parentela; e all' obbietto la legge stabilisce più classi o categorie di parenti; ed indi, in ogni categoria, la chiamata dipende dalla prossimità de' gradi.

Dunque non sempre il più prossimo esclude il più rimoto. . . . *nec eum quidem qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse* (Inst. *de grad.*, *cognat.*, § 2.) In generale tal regola è ben fondata soltanto fra coloro che appartengono allo stesso ordine di parentela. Laonde, a cagion di esempio, il nipote del defunto esclude il padre, comunque il nipote trovisi a due gradi, ed il padre soltanto ad un grado dal *de cujus* (art. 745—667); ma il nipote appartiene al primo ordine della parentela, *cum prima causa sit suorum haeredum* (Inst., *loc, supra*).

Dunque a due cose debbesi in generale aver riguardo in materia di chiamata ereditaria, cioè:

1°. All'ordine della parentela;

2°. Fra parenti appartenenti allo stesso ordine, alla prossimità del grado.

361. — Ciò premesso, parrebbe emergere dall' art. 731 esservi soltanto tre classi di parenti, e come i figli e discendenti del defunto precedono sempre gli ascendenti ed i collaterali, così del pari gli ascendenti, alla volta loro, precedere sempre i collaterali.

Nulladimeno non avviene in tal guisa; e dal complesso delle disposizioni del Codice emerge per contrario che nell' ordine de' collaterali trovansi parenti privilegiati (i fratelli e le sorelle, germani, uterini e consanguinei del defunto, e loro discendenti), i quali sono preferibili agli ascendenti diversi da' genitori, e con cui gli stessi genitori han semplicemente diritto di concorrere: talchè effettivamente il Codice distingue quattro ordini o categorie di parenti, cioè:

1°. I figli e discendenti;

2°. I fratelli e le sorelle, sia germani, sia consanguinei o uterini, ed i discendenti dai fratelli e sorelle, sotto la riserva del diritto de' genitori;

3°. Gli ascendenti, salvo il diritto de' genitori di concorrere co' fratelli e sorelle e discendenti da essi;

4°. Tutti i collaterali diversi da' fratelli e sorelle o loro discendenti (confr. art. 746, 748, 749, 750, 751 + 668, 669, 671, 672).

362.—Relativamente alla regola la quale, fra' parenti dello stesso ordine, determina la chiamata dalla prossimità del grado, osserveremo che essa può eziandio modificarsi dalla

rappresentazione, ammessa dal Codice, in linea diretta, allo infinito, ed in linea collaterale, a pro de' figli e discendenti da' fratelli e sorelle del defunto.

363. — Ed ora, in qual modo e secondo quali basi i beni vengono devoluti a questi diversi eredi?

Riguardo a' figli e discendenti del defunto, niente di più semplice: la intera successione viene lor deferita ad esclusione di ogni altro; e tra essi, dividono sia per capi, sia per stirpi, secondo che succedono di propria ragione o per rappresentazione, senza alcuna distinzione altronde fra' primogeniti ed i secondogeniti, tra' figli e le figlie, tra' figliuoli nati dallo stesso matrimonio o da matrimoni diversi. Il nostro Codice viemaggiormente sancisce l'abolizione de' privilegi e delle ineguaglianze già fermata dalla legislazione intermedia (art. 745— 667; *supra*, n. 356).

Altronde in tal caso non potrebbe esservi luogo a veruna divisione della eredità fra la linea paterna e la materna; dappoichè i figli legansi ad evidenza per le due linee al loro comune autore, o forse con maggiore esattezza, dappoichè la distinzione delle linee è loro inapplicabile (confr. art. 733, e *supra*, n. 332).

364.—Ma, quando in mancanza di figli, la successione venga deferita ad ascendenti o collaterali, gli autori del Codice hanno fermato, se lice così esprimersi, dell' ecclectismo; ed hanno adottato una specie di transazione e di *mezzo termine*, la cui prima idea appartiene alla legge del 17 nevoso, fra il sistema del diritto scritto ed il sistema del diritto consuetudinario (Berlier, *ved.* Locrè, t. XII, p. 15.)

Indubitatamente il diritto scritto aveva sul diritto consuetudinario un grande vantaggio, cioè che non andava indagando la natura, nè la origine de' beni, indagine malagevole e dispendiosa. Ma, pel converso, quando deferiva la successione al parente più prossimo, senza distinzione di linea, offriva il grave inconveniente di attribuire tutto agli uni e niente agli altri, e spessissimo arricchire così una sola linea di parentela de' beni esclusivamente provegnenti dall'altra linea (*supra*, n. 345).

Il diritto consuetudinario non commetteva questa ingiustizia; e, sotto questo punto di veduta, con la sua massima *paterna paternis, materna maternis*, aveva sul sistema del diritto scritto alto vantaggio; ma, altresì pel converso, presentava il grave inconveniente di quelle cotanto complicate e dispendiose indagini su la origine de' beni, le quali addivenivano nelle famiglie incessante cagione di impacci e litigj.

Ebbene adunque! gli autori del Codice Napoleone hanno impreso a rimuovere gl' inconvenienti di quei due sistemi, conciliando, per quanto fosse possibile, i particolari vantaggi di ciascuno di essi.

E di qui discendono le due basi fondamentali del nostro sistema di successione intestata:

L' una fermata coll' art. 732— 655;

L' altra con l' art. 733;

Articoli (732 e 733) fra cui, diceva il console Cambacérès, *evvi connessità*, essendo di fatti i termini correlativi della transazione dal novello diritto stabiliti fra' due sistemi del diritto antico (*ved.* Locrè, t. XII, p. 14).

365.—Primamente l' art. 732 e' così conceputo:

« La legge non considera ne la natura ne' « l' origine de' beni per regolarne la succes- « sione » (*ved.* nondimeno art. 351, 352, 747, 766— 275, 276, 670, 681).

Tal era già quasi letteralmente il disposto con l' art. 62 della legge del 17 nevoso; epperò rinviensi diffinitivamente sancita l' abolizione di tutte le distinzioni de' beni in nobili ed ignobili, in mobili ed in immobili, in proprj ed acquistati.

La stessa regola *paterna paternis, materna maternis* trovasi quindi novellamente abrogata.

Nulladimeno cotesta rilevante riforma non venne mandata ad effetto senza resistenza. Due de' membri più eminenti del Consiglio di Stato, Cambacérès e Bigot-Prèameneu, proposero conservarsi o piuttosto ripristinarsi la massima *paterna paternis*, circoscrivendo i suoi effetti a gradi di parentela abbastanza prossimi, affinchè la origine de' beni non andasse involta nella incertezza. Tre precipue considerazioni venivano sopratutto invocate a pro di cotesto sistema di trasmessione dei beni proprj:

1°. Esso era equo; avvegnachè poggiava su la idea di una specie di diritto di riversione, per effetto del quale i beni usciti da una linea tornavano al loro punto di partenza, val dire alla stessa sorgente da cui erano provenuti: *ritornando*, dichiarava la consuetudine di Parigi, *i predj paterni a' parenti paterni, e i predj materni a' parenti materni* (artico-

lo 324; agg. pure l'art. 245 della cons. di Normandia). Quando, a cagion di esempio, un uomo sia morto lasciando due figli che abbiansi diviso la sua eredità, non è forse giusto, se uno di essi muoia dappoi senza figli, che gl' immobili da lui raccolti nella eredità del padre comune, vengano restituiti a suo fratello superstite; dappoichè costui gli avrebbe solo effettivamente tutti raccolti, se suo fratello non fosse esistito?

2°. Cotesto sistema era unisono alle affezioni presenti del trapassato; « avvegnachè, in tutti i cuori, rinviensi il desiderio che i beni di una famiglia non passino all'altra, per effetto del sistema di successione. »

3°. Da ultimo era politico, favoreggiando i matrimonj; dappoichè un collaterale mostrerassi più pieghevole a donare, quando avrà la certezza che non mai la sua liberalità passerà in altra famiglia.

Tali considerazioni erano indubitatamente gravi; ma nulladimeno non prevalsero; e si rispose:

1°. La idea di un diritto di riversione implicherebbe una specie di condominio de' beni proprj a pro di tutti i membri della linea da cui son provenuti; ed effettivamente, in molte provincie un tempo, la regola *paterna paternis, materna maternis*, non procacciava soltanto la devoluzione intestata de' beni proprj antichi a' parenti del comune autore che aveali posseduti; ma giugneva sino allo interdire la disposizione di questa specie di beni per testamento; epperò, nella consuetudine di Parigi, potevasi disporre soltanto del *quanto* de' beni proprj (confr. Argon, *Instit. del Diritto* francese, t. I, p. 253). Or nessuno suggerirebbe oggidì giugnere fin là! Se così avvenisse, diceva Portalis, *la proprietà non risederebbe più nell' individuo, sì bene nella intera famiglia.* Ma l' individuo, per contrario, appena sia succeduto, trovasi divenuto solo ed unico proprietario; se avesse dissipato i beni proprj da lui raccolti, i parenti della linea da cui eran provenuti nulla avrebbero avuto a dire; e non potrebbero avere maggiori diritti, sol perchè il possessore de' beni non sia stato un dissipatore.

2.°Altronde il dato comune si è che ambedue le linee han contribuito pressappoco del pari a formare la massa ereditaria: non debbesi quindi esagerare il pericolo che può esservi, con l' abolizione della regola *paterna paternis*, nello arricchirsi una delle linee in detrimento dell' altra; il patrimonio del defunto constituisce effettivamente una specie di fondo sociale, nel quale ciascuna delle linee di parentela ha quasi sempre recato la sua tangente.

3°. Finalmente l' interesse de' matrimonj non rinviensi qui impegnato. Difatti il donante avrà sempre la speranza che il matrimonio a pro di cui dona, produrrà figliuoli: del rimanente può, se lo desideri, convenire il diritto di riversione; patto eziandio inutile, quando la donazione si faccia da un ascendente (art.747—670). Del resto la esperienza ha già risposto: i matrimonj seguivano indubitatamente del pari, e le donazioni a contemplazione di matrimonio erano del pari frequenti ne' paesi in cui la regola *paterna paternis* era ignota ed in quelli in cui veniva ammessa (confr. Fenet, t. XII, p. 44, 46; Locré, t. X, p. 185 e 244).

Conseguentemente l' art. 732 + 655 venne adottato, per sancire la diffinitiva abrogazione della regola *paterna paternis, materna maternis.*

366.—Ma contemporaneamente adottavasi eziandio l' altra disposizione correlativa e connessa, così conceputa:

Articolo 733: « Qualunque eredità devoluta agli ascendenti od a' collaterali, si divide in due parti eguali, l' una a favore dei parenti della linea paterna, l' altra a favore de' parenti della linea materna.

« I parenti uterini o consanguinei non sono esclusi da' germani, ma non prendono parte che nella loro linea, a riserva di ciò che sarà dichiarato qui sotto all'art. 752. I germani prendono parte nelle due linee.

« Non si fa alcun passaggio dall' una all' altra linea se non quando non si trova alcun ascendente ne' alcun collaterale in una delle due linee.

Puossi ravvisare che le tre disposizioni onde si compone quello articolo sonosi pur desunte dagli art. 83, 89 e 90 della legge del 17 nevoso anno II.

Dobbiamo fare osservazioni su ciascuna di esse:

A. E primamente, in conformità del primo comma dell' art, 733, la divisione della eredità fra le due linee comprende non solo, come un tempo, i mobili e gli acquisti; ma la intera universalità de' beni; e cotesta estensione *del sistema della seconda divisione* ha avuto precisamente per iscopo di ovviare allo inconveniente che poteva emergere dall' abolizione della regola *paterna paternis, materna mater-*

nis: se i parenti della linea paterna non avranno più in avvenire tutti i beni *proprj* provenuti dalla loro linea, avranno sempre almeno, 1°. la metà de' medesimi; 2°. ed inoltre la metà de' beni *proprj*, provenuti dalla linea materna; e così reciprocamente, pe' parenti della linea materna.

Cotesta duplice compensazione manterrà in altra guisa, ma qaasi sempre abbastanza egualmente ed equamente, l' equilibrio che la distinzione de' beni proprj aveva stabilita fra le due linee di parentela.

367. — Questa divisione, questa seconda divisioae, produce, se fosse permesso così esprimersi, come una successione *in parte doppia*; ovvero forma, di una sola e medesima successione, due successioni paralelle e distinte, fra cui si è giunto sino a dire che la legge innalza *un muro di separazione* (Arresto C. cass. 12 nebbioso anno IX; Merlia, *Quist. di Diritto*, v. *Success.* § 8).

Non pertanto questa immagiae sarebbe alquanto esagerata; ed appresso osserveremo che, non ostante tal divisione fra le due liaee, evvi una sola e medesima successione; ma la figura è esatta per tutto ciò che risguarda il sistema delle chiamate ereditarie, nel senso che la divisione segue, sia che i pareni delle due linee appartengono allo stesso ordine o a diversi ordini di parentela, sia, a *fortiori*, che si trovino, nello stesso ordine, in gradi eguali o ineguali; e di fatti, separatamente e distributivamente, in ciascuna delle due linee è uopo esaminare: 1°. l' ordine della parentela; 2°. la prossimità del grado.

Laondo:

Da un lato, un parente del quarto ordino in una linea, come, per esempio, uno zio o un cugino materno, può raccogliere la metà della eredità, in concorrenza di un parente del terzo o del secondo ordine nell' altra linea, come, a cagion di esempio, lo stesso padre del defunto;

E d' altro lato, fra parenti appartenenti allo stesso ordine, quegli, a cagion di esempio, il quale fosse nell' ottavo grado nella sna linea, se vi fosse il più prossimo, ne conseguirebbe sempre la metà destinata alla linea medesima, anche quando si trovasse, nell' altra linea, un parente di un grado molto più prossimo.

E' questa la regola generale, la quale comporta nulladimeno alcune eccezioni o restrizioni, che dobbiamo far conoscere.

368. — Puossi affermare che queste restrizioni o eccezioni ridaconsi a quattro:

1°. La divisione fra le due linee non applicasi, quando trattisi di regolare il concorso dei fratelti e sorelle, sia germani, sia soltanto uterini o coasanguinei, o de' loro discendenti, col padre o con la madre.

La metà della eredità è attribuita, in questo caso, a' genitori, o il quarto al superstite, in caso di premorienza di un di essi (articolo 748, 749—671).

Ed unicamente, tra' fratelli e sorelle, o loro discendenti, segue la divisione fra le due linee, dell' altra metà o de' tre quarti, quando, per altro, non sieno tntti germani o tutti semplicemente, sia uterini, sia consanguinei; dappoichè la divisioae non avrebbe importanza, se tutti appartenessero alle dae linee (i germaai), o appartenessero tutti ad una sola e medesima linea i consanguinei o gli uterini (confr. articolo. 733, 2°. comma, 751, 752).

2°. La divisione fra te due linee neppure si applica, quando il *de cujus*, trapassato senza padre ne' madre, abbia lasciato fratelli o sorelle, sia germani, sia semplicemente uterini o consanguinei, o discendenti da fratelli e sorelle; avvegnachè costoro allora raccolgono la totalità de' beni ad esclusione di ogni altro ascendente o coltaterale (confr. articolo—733, 750, 752, 672; infra, n°. 455).

3°. La divisione fra le due linee, la qualo abbia luogo, come dicemmo (*supra* n. 367), anche quando trovinsi in una linea collaterati diversi da' fratelli e sorelle o discendenti da essi, e nett' altra linea il padre o la madre, viene non pertanto modificata nel senso cho il padre o la madre superstite gode l' nsufrutto del terzo della metà spettante all' altra linea (confr. art. 753, 754.)

4°. Finalmente la divisione fra le due linee cessa compintamente, qaando, in mancanza di parenti in grado snccessibile in nna linea, divenga d' impossibile applicazione: allora i parenti dell' altra linea succedono per lo intero (coafr. art, 733, 3°. comma; 755—673, *infra*, n. 468).

369.—E' altresì manifesto che la divisione fra le due linee può cessare per effetto delle disposizioni a titolo gratuito fatte dal *de cujus*. Trattasi qui della sola successione intestata.

In quali casi il *de cujus* avrà voluto derogare, con sue particolari disposizioni, alla divisione della eredità sua fra le linee paterna e materna? è questa una quistiono estranea al nostro attuale subbietto, una quistione al-

tronde di semplice interpetrazione di volontà.

Dunque si è potuto statuire da un lato:

Che colui, il quale col suo testamento, ordini la divisione de' suoi beni in porzioni eguali, fra' suoi parenti collaterali, ha voluto così virtualmente escludere la divisione per linee (confr. decis. C. di Aix 2 gennaio 1844, Aubert. Dev. e Car. *Collez. nuova*, 3, II, 386; di Tolosa, 14 feb. 1829, Raby, Sirey, 1829, II, 369);

E d'altro lato, per contrario, che anche quando il defunto avesse fatto un legato più o meno considerevole ad uno de' suoi parenti dell'una o dell'altra linea, a condizione che rinunziasse a' residuali beni ereditarj, il *residuo* medesimo doveva sempre andar diviso del pari fra le due linee (confr. decis. C. di Parigi 1°. lug. 1844, Forget, Sirey, 1844, II, 399; Chabot su l'art. 786, n. 10; Poujol sull'art. 786. n. 5, Sebire e Carteret, *Enciclopedia del Diritto*, v. *Accrescimento*, § 1, n. 5).

370.—B. La seconda disposizione dell'arcolo 733 sancisce l'abrogazione del privilegio del doppio vincolo dalla legge del 17 nevoso anno II già fermata (confr. *supra*, n. 345, 353, 357).

Conseguentemente i parenti di semplice vincolo, *uterini* o *consanguinei*, non sono più esclusi da' parenti di doppio vincolo, i *germani*.

Se non che, siccome la eredità va divisa fra la linea paterna e la materna, per destinarsi per metà a' membri di ciascuna di esse, semplicissima conseguenza ne è:

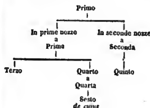
1°. Che i parenti i quali appartengono alle due linee prendono parte per contrario in queste due linee: unicamente in ciò consiste oggidì il privilegio del doppio vincolo; ed in questa misura, torna razionale ed equo.

371.—Il diritto di prendere parte nelle due linee viene conceduto, ne' termini più generici, dall'art. 733, *a' germani*, *cioè a tutti i parenti germani* indistintamente, e di qualsiasi grado, in contrapposto *a' parenti uterini* o *consanguinei*.

Non pertanto Duranton ha mosso quistione, se il diritto medesimo debbasi esclusivamente circoscrivere a' *fratelli e sorelle germani* o *discendenti da essi* (t. VI. n. 145); ed all'nopo Massè e Vergè fanno osservare cho « Duranton non sembra comprendere la distinzione tra la regola fermata dall'art. 733 e quella fermata dall'art. 734 » (sopra Zachariae, t. II, p. 252).

Il vero si è che la dottrina professata dal dotto autore torna forse, in questo luogo, alquanto oscura e confusa.

Per dimostrare che la qualità di germano conferisce soltanto a' *fratelli e sorelle o a' loro discendenti* il diritto di prender parte nelle due linee, Duranton adduce più esempj, i quali non sono, a creder nostro, menomamente concludenti a pro della sua tesi. Ci basta addurne uno:



In questo esempio, l'autore suppone che *Sesto* sia morto senza prole, nè ascendenti, nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti da essi; e che abbia lasciato, nella linea paterna, suo zio *Terzo*, fratello germano di suo padre, ed altro suo zio, *Quinto*, il quale era semplicemente fratello consanguineo di suo padre.

E precisamente su tale ipotesi Duranton dimanda « se la metà attribuita alla linea paterna debba suddividersi in due parti eguali, una delle quali apparterrebbe a *Terzo*, zio del defunto per doppio vincolo, e l'altra dividerebbesi con *Quinto*, fratello consanguineo del padre di *Sesto*. »

Duranton risponde negativamente; e di fatti la sua risposta ci pare, sotto ogni rapporto, incontrastabile; ma perchè? perchè *Terzo* o *Quinto* sono ambedue soltanto gli zii *paterni di Sesto*, essendogli parenti ambedue per mezzo di *Quarto*, suo padre, e non per mezzo di *Quarta*, sua madre: dunque entrambi appartengono alla linea paterna; e se allora dimandassero la divisione fra' rami, non dimanderebbero altro che *una seconda divisione* fra' rami della stessa linea, espressamente eliminata dall'art. 734, come appresso ravviseremo, (*infra*, n. 374).

L'esempio addotto da Duranton dunque non dimostra pienamente che i parenti diversi da' fratelli e sorelle germani e discendenti da essi, quando appartengano alle due linee, non possono prendere parte in queste due

linee; avvegnachè i parenti, nelle specie da lui supposte, appartengono ad una sola linea!

Dunque conchiudiamo che, secondo i termini assoluti dell'art. 733, il diritto di prender parte nelle due linee compete a tutti i parenti germani, e non a' soli fratelli e sorelle germani e loro discendenti.

La corte di Rouen ha fatto una notevole e pur troppo giusta applicazione di questo principio, statuendo che una donna la quale aveva sposato suo cugino germano, poteva succedere al proprio figliuolo, non solo come madre per la metà spettante alla linea materna, ma eziandio come cugina nella linea paterna, se non vi fossero, in questa linea, ascendenti, nè collaterali più prossimi di lei. Indarno obbiettavasi che la *madre* non poteva essere la *cugina* del proprio figlio, e la sua qualità di madre assorbiva ogni altro rapporto di parentela! Di fatti in nessun luogo la legge sancisce questo *assorbimento* nè questa incompatibilità; ed era pure, nell' antico diritto francese, massima indubitata che chi avesse sposato sua cugina germana, poteva succedere ne' beni proprj *materni* dei figli nati dal matrimonio medesimo (confr. decis. C. di Rouen 22 gennaio 1841, Passè, Dev., 1844, II, 475; Pothier, *delle Success.*, cap. II, sez. II, art. 2, ed Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n, 33; Lebrun, lib. I, cap. V, sez. IV, n. 3, Renusson *de' beni proprj*, cap. II, sez. XIX, n. 4; Marcadè, art. 733, n. 4; Demante, t. III, n. 44.)

372.—Dopo aver negato di ammettere la *divisione* della eredità in un caso in cui debbe aver luogo, Duranton è stato indotto ad ammetterla di poi in un caso, per contrario, in cui debbesi eliminare.

L'onorevole autore insegna effettivamente che, quando in mancanza di parenti in grado di succedere in una linea, i parenti dell' altra linea vengano chiamati a succedere per lo intero, vi sarebbe luogo, in tal caso, a dividere per metà la eredità fra' due rami della medesima linea, per modo che coloro i quali fossero simultaneamente i parenti del defunto in entrambi i rami della medesima linea, prenderebbero parte in ciascuna delle metà, mentre coloro i quali fosser parenti solo in uno de' rami, prenderebbero parte unicamente nella metà spettante al ramo medesimo (t. VI, n. 146.)

Ma tal soluzione è manifestamente opposta al testo positivo degli art. 733 o 734, un dei quali non ammette mai la *seconda divisione* eccetto fra le due linee principali, la linea paterna e la materna del defunto; e l' altro proscrive sempre ed assolutamente la *seconda divisione* fra' diversi rami della stessa linea: la intera teorica del nostro Codice protesta al pari della lettera avverso il sistema della *seconda divisione*, in qualsiasi ipotesi si voglia oggidì introdurre (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 192).

373.—C. Abbiamo innanzi comentato la terza ed ultima disposizione dell' art. 733, a norma di cui:

« Non si fa alcun passaggio dall' una al-
« l' altra linea se non quando non si trova
« alcun ascendente nè alcun collaterale in
« una delle due linee. »

Passaggio, *devoluzione*, è un vocabolo tecnico nella subbietta materia, dinotante precisamente *l' effetto che risulta dalla estinzione* o *dalla rinunzia di una linea cui spettavano determinati beni*, effetto per cui i beni medesimi giungono e sono *devoluti* all' altra linea (confr. Merlin, *Rep.*, v, *Devoluzione consuetudinaria*, § 1).

In ciascuna delle linee distributivamente è uopo discendere sino al dodicesimo grado; ed unicamente in mancanza di parenti in grado di succedere la intera eredità va attribuita a' parenti della sola linea in cui trovansi parenti in grado successibile (art. 755).

Testè osservammo che nell' antico diritto, contro alcune pretensioni di attribuirli al fisco, gli stessi beni proprj andavano quindi devoluti a' parenti della linea da cui i beni medesimi non erano provenuti, in mancanza di ogni parente di quella linea che avevali messi in famiglia (*supra*, n. 349).

374.—Da ultimo l' art. 734 compie la teorica generale del Codice Napoleone mercè la seguente disposizione:

« Eseguita questa prima divisione tra la
« linea paterna e la materna, non ha più
« luogo alcun' altra divisione tra diversi ra-
« mi; ma la metà devoluta a ciascuna li-
« nea, appartiene all' erede, o eredi, che si
« ritrovano in grado più prossimo, eccettua-
« to il caso della rappresentazione, come sa-
« rà dichiarato in appresso. »

La legge del 17 nevoso anno II non conteneva simil disposizione; e sono note le controversie derivate dal suo silenzio all' obbietto. E' ben vero che la opinione a norma di cui quella legge non ammetteva la *seconda divisione*, aveva alla per fine prevalso con massimo fondamento, a parer nostro (*supra* n.

357); ma gli autori del Codice Napoleone hanno nulladimeno divisato esser saggio antiveoire il ritorno di ogni difficoltà all'obbietto; e tale è lo scopo dell'art. 734. Laonde, seguita la divisione della eredità fra le due lioee principali delle parentela del *de cujus*, fra la linea paterna e la materna, non evvi più luogo a veruna soddivisione fra' diversi rami di ciascuna di queste lioee.

È nopo rammentare qui il principio da noi esposto (*supra*, n. 326, 327), cioè che i parenti paterni del *de cujus* son quelli che gli appartengono *dal lato del padre;* ed i suoi parenti materni quelli che gli appartengono *dal lato di sua madre*, senza risalire più oltre, e senza esservi luogo a distinguere i parenti paterni o materni del padre del *de cujus*, nè i parenti *paterni* o *materni* di sua madre (confr. decis. C. di Torino 10 febbraio 1812, Racagoo, Dev. e Car., *Collez. nuova*, III, 2, 35).

Conseguentemente, in ciascuna delle linee, la metà ad essa spettante debbesi devolvere in conformità della duplice regola seguente:

375.—1°. Il più prossimo o i più prossimi in ciascuna linea escludono i più rimoti, anche quando i più rimoti appartenessero ad un ramo diverso da quello de' più prossimi.

Quindi il parente *paterno* del padre del *de cujus* esclude il parente *materno* del padre stesso, se in questa linea paterna il parente paterno sia più prossimo del parente materno.

Il padre del *padre del defunto*, a cagion di esempio, esclude l'ava *materna* di suo *padre*.

Similmente il cugino paterno del padre del defunto esclude il suo cugino materno di *suo padre*.

376.—2°. Fra eredi dello stesso grado nella medesima linea, la divisione ha luogo per capi, anche quando appartenessero a rami diversi; e gli eredi di uno de' rami fossero di numero maggiore degli eredi dell'altro ramo.

Se il *de cujus*, a cagion di esempio, lasci nella linea paterna l'avo e l'avola del padre *di suo padre*, e l'avo semplicemente della madre di *suo padre*, non dividerassi la eredità per metà fra l'avo e l'avola del padre *del padre*, e l'avo della madre del padre: converrà per contrario dividerla a terzi fra questi tre ascendenti, i quali son tutti egualmente nella linea paterna nello stesso grado; non dovendosi prendere in veruna considerazione la circostanza che essi appartengono a rami diversi.

377. Molti giureconsulti hanno spiegato la duplice regola da noi testè fermata, sostenendo che essa medesima consiste in ultima analisi nell'applicazione di altro principio che tantosto ci faremo a stabilire, cioè che la rappresentazione non ha luogo a pro degli ascendenti ne' a pro de' collaterali, diversi nondimeno da' discendenti di fratelli o sorelle del defonto (art. 740, 741—661, 662).

In questo sistema pretendesi che, per le su citate ipotesi, la regola generale, in conformità della quale il parente più prossimo esclude il più remoto, e concorrono per capi i parenti in egual grado, basterebbe a produrre il risultamento fermato dall'art. 734, e che essa avrebbe potuto trovarsi esclusa sol quando si fosse ammessa la rappresentazione.

Come mai, a cagion di esempio, dicesi, nelle specie addotte nel n°. 375, l'ava materna del padre del padre del defunto avrebbe potuto concorrere col padre del padre del defunto, o il figlio di cugino concorrere col cugino, senza il soccorso della rappresentazione; dappoichè il padre del padre, nel primo caso, ed il cugino, nel secondo caso, sono di grado più prossimo dell'ava e del figlio di cugino?

E, nella specie addotta nel n°. 376, non è forse vero, soggiugnesi, che solo mercè della rappresentazione la divisione avrebbe potuto aver luogo diversamente che per capi, fra l'avo e l'avola del padre del padre del *de cujus*, e l'ava della madre di suo padre? (Art. 743—665; conf. Merlin, *Rep.*, v. *Rappresentazione*, sez. II, § 4, e *Quist. di diritto* v. *Successione*, § 8; Chabot, sul'art. 734, n. 2, 4, 5; Toullier, t. II, n. 194; Duranton, t. VI, n. 150; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 192.)

Non crediamo che questa spiegazione sia esatta; anzi ci pare importantissimo premunirsi contro la dottrina per noi esposta:

Di fatti pretendere che la disposizione della legge, la quale proscrive la *suddivisione* fra' diversi rami della stessa linea (art. 734), vuol dinotare che la rappresentazione non ha luogo in linea ascendentale, nè in linea trasversale, eccetto a pro de' discendenti da' fratelli e sorelle del defunto, è lo stesso che pretendere del pari che la disposizione della legge, la quale ammette la divisione fra le due linee principali (articolo 733) vuol dinotare per contrario che la rappresentazione ha luo-

go in tal caso in linea ascendentale ed in linea trasversale indistintamente. La correlazione delle due proposizioni è inevitabile; ed i su riferiti autori non vi sono sfuggiti. Puossi ravvisare che essi insegnano altresì che *la divisione de' beni per linee è*, *in altri termini*, *una vera rappresentazione*; *che essa ne ha tutti gli effetti*, *dappoichè pone gli ascendenti ed i collaterali nel luogo e ne' diritti del padre e della madre del defunto* (Toullier, *loc. supra cit.*):

Or, questa seconda proposizione non ci sembra potersi gravemente sostenere.

Dunque la seconda, la quale ne è la necessaria conseguenza, neppure può reggere.

Noi affermiamo che la proposizione, consistente nello spiegare l'art. 733, il quale ammette la division della eredità fra le due linee, mercè il principio della rappresentazione nella linea ascendentale e nella linea trasversale indistintamente, torna assolutamente ammessibile; avvegnachè l'art. 733, così spiegato, troverebbesi in patente contraddizione con gli art. 741 e 742—662 e 663.

Soggiungiamo non esservi altronde alcun bisogno di ricorrere alla idea della rappresentazione, per ispiegare gli effetti che produce, nell'art. 733, l'ammissione della divisione fra le due linee, e nell' art. 734 il divieto della *suddivisione* fra diversi rami di ciascuna linea.

Imperocchè la *divisione*, nell'art. 733, ha per risultamento, come dicevamo innanzi (n. 367), di stabilire, relativamente alle chiamate ereditario, due distinte successioni ed in ciascuna delle quali applicasi separatamente la regola della prossimità del grado; talchè il parente di una delle linee, comunque di un grado più remoto del parente dell' altra linea, non abbisogna menomamente della rappresentazione per conseguire, ad esclusione di costui, la parte spettante alla sua linea; dappoichè non sono, sotto questo rapporto, in relazione, in confronto l'uno con l'altro; e ciascuno succedendo dal lato suo e separatamente, non puossi affermare che l' uno sia più prossimo dell' altro; o almeno ciò non importa menomamente.

Laonde è manifesto che ciascun di essi succede non per rappresentazione, ma per propria ragione; la qual cosa è assai diversa, come appresso dimostreremo.

Dunque come si è ammessa la *divisione*, senza trasgredire la regola che vieta la rappresentazione in linea ascendentale ed in linea trasversale, salvo i discendenti da fratello e sorella, così del pari avrebbesi potuto ammettere la *suddivisione*, senza neppure trasgredire la regola medesima; o se non si è ammessa, i motivi ne sono estranei alla idea della rappresentazione.

378.—Non pertanto è uopo, alla volta nostra, preservarsi dalla esagerazione.

L'art. 734 dichiara che se la metà devoluta a ciascuna linea appartiene all' erede o agli eredi in grado più prossimo, ciò avviene *eccettuato il caso della rappresentazione*, *come sarà dichiarato in appresso*.

Forse tal riserva non è inconciliabile con la spiegazione per noi fatta della disposizione dell' art. 734, la quale è, a creder nostro, affatto estranea al sistema della rappresentazione?

Di fatti si è così preteso: si è detto *esser questo un errore e questa pretesa eccezione impossibile*: dappoichè la regola fermata dall'art. 734 si applica agli ascendenti o a collaterali non privilegiati, e non evvi giammai rappresentazione per gli uni nè per gli altri (Marcadé, su l'art. 734, n. 2.)

Per contrario è uopo ammettere che la eccezione riservata con l'art. 734 è possibilissima. Di fatti la divisione della eredità segue per metà, eziandio tra'fratelli e le sorelle del defunto, quando non sieno tutti dello stesso letto; ed allora, in ciascuna linea, è manifesto che i fratelli o le sorelle premorti vengono rappresentati da' loro figliuoli, i quali concorrono co' fratelli o sorelle superstiti della stessa linea, e conseguentemente la divisione ha luogo in tal caso per stirpi e non per capi (art. 742, 743—663, 665). Tale è la ipotesi cui si riferisce con massima esattezza, come ben si ravvisa, la ultima disposizione dell'art. 734 (confr. Ducaurroy, Bonnier, e Roustaing, t. III, n. 456.)

379.—Al punto in cui ci troviamo, è pressochè inutile affermare che il *doppio vincolo*, ne' diversi rami della stessa linea, non è menomamente da prendere in considerazione per la divisione della metà devoluta alla linea medesima. La qualità di germani *nelle linee* è l'unica cui la legge rannoda effetti (art. 733): essa per contrario non ha riguardo alla qualità di germani *ne' rami* (confr. *supra*, n. 371; decis. C. di Parigi 4 apr. 1808; Secondé, Sirey, 1808, II, 292; di Brusselles 20 apr. 1809; Corbisier, Sirey, 1812, II, 197; Chabot su l'art. 734, n. 3, 4; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 195.)

380.— Tali sono le basi generali del siste-

ma stabilito dal Codice Napoleone in questa materia.

Fu l'obbietto di vive censure ne' primi tempi sopratutto della sua promulgazione. Si è sostenuto che la transazione ondo il novello legislatore aveva impreso di conciliare, in un sistema unico, i vantaggi offerti da' due sistemi dell'antico diritto, eliminando i particolari inconvenienti di ciascun di essi, aveva avuto al contrario per risultamento un sistema incerto, il quale riuniva gl'inconvenienti de'due sistemi antichi, senza offrire i vantaggi dell'uno nè dell'altro; che quindi da un lato, togliendo via la regola *paterna paternis*, erasi perduto il sommo vantaggio del diritto consuetudinario, la conservazione de' beni nelle famiglie; e d'altro lato, adottando la divisione della eredità fra le due linee, e chiamando così collaterali remotissimi, ignoti forse al defunto, a concorrere per metà con parenti molto più prossimi, eziandio con suo padre e con sua madre, erasi perduto il vantaggio del diritto scritto, il quale, almeno, seguitava l'ordine naturale delle affezioni presunte del trapassato (confr. Malleville, t. II, p. 182, 185; Toullier, t. III, n. 144 e seg.)

Abbiamo già risposto che la divisione della eredità totale fra le due linee sostituiva quasi sempre equamente, giusta i dati ordinari, l'antico modo di successione ne' beni propri; e che precisamente questo era stato lo scopo della estensione del sistema della divisione (*supra*, n. 366).

È uopo aggiugnere che questa medesima divisione non ha offerto, sotto altri rapporti, gl' inconvenienti già oltremodo temuti. Non potrebbesi negare che il pensiero da cui venne inspirata sia unisono alla ragione ed alle naturali affezioni del cuore dell'uomo, il quale, secondo le abitudini più comuni delle nostre famiglie e della società nostra, rimane in generale parimente legato a'parenti del padre ed a quelli della madre.

Di fatti conviene non dimenticare che, se i parenti paterni ed i parenti materni del *de cuius* sono estranei gli uni agli altri, sono sempre tutti egualmente suoi parenti; dappoichè formavano tutti egualmente la sua famiglia.

Altronde il Codice si fece a moderare gli effetti estremi della divisione fra le due linee nella stessa ipotesi che si suole prescegliere per dimostrare che i risultamenti possono esserne spiacevoli (art. 754). Indubitatamente può accadere altresì che, in più di una circostanza, la divisione della eredità in due linee non sembri corrispondere al voto probabile del *de cujus*. Ma non evvi instituzione la quale, ne' particolari della sua applicazione, vada immune da queste specie di tacce: un testamento potrà, in queste speciali situazioni di famiglia, meglio ripartire la eredità secondo la volontà stessa del *de cujus*. Ecco il rimedio.

Ma è sempre vero che il nostro sistema di successione intestata, nelle sue basi fondamentali, è sempre un lavoro stupendo di ragione e di prudenza.

Costituisce l'onore de' legislatori del nostro Codice lo aver saputo ovviare agli eccessi in cui la legge del 17 nevoso era incorsa col suo sistema di rappresentazione allo infinito nella linea collaterale, la quale, multiplicando oltremodo il numero degli eredi, sospingeva ad un interminabile sminuzzamento delle proprietà, val dire alla eguaglianza anarchica, alla eguaglianza nella miseria! Il legislatore del 1804, deponendo *nel seno della Francia*, come ha detto un eloquente scrittore (il sig. de Montalembert), questo sublime e nobile principio di eguaglianza, ha avuto nel tempo stesso la saggezza di circoscriverlo entro giusti confini: e precisamente da questo principio, così fermato e contenuto, è sorto l'attual divisione della proprietà prediale in Francia, cotesta divisione che si è tanto spesso oppugnata, che si prosegue ad oppugnare, con non minore ingiustizia di un tempo, ma con somma ingratitudine di più oggidì, avvegnachè essa appunto, ne siamo pienamente convinti, nella spaventosa crisi del 1848, produsse quel provvidenziale risultamento del suffragio universale, il quale salvò l'ordine sociale o piuttosto la civiltà stessa e la umanità! (Confr. de Montalembert, *Dell' avvenire politico dell'* Inghilterra, VII, *Della libertà di testare*, Luigi Alloury e Michele Chevalier, articoli dei giornali de' *Debats* de' 10 e 21 giugno 1856).

Quando nella seduta del consiglio di stato del 25 glaciale anno XI, (16 dicembre 1802), le stesso obbiezioni da noi testè riferite vennero messo in campo avverso quelle grandi basi del nostro novello diritto, già fermate dalla legge del 17 nevoso anno II, e che volevansi ritenere nel Codice Napoleone, Berlier rispose che questa novella legislazione *aveva già per essa il vantaggio di uno sperimento di nove anni e l'assentimento di quasi tutti i tribunali consultati* (Locré, t. XII, p. 16).

Oggidì lo sperimento è maggiore di mezzo

secolo! e l'assentimento è quello di tutte le famiglie, di tutta la società francese!

381. — Nulladimeno il nostro Codice può soggiacere ad una taccia: intendiam parlare della posizione da esso formata al coniuge superstite rispetto alla successione del coniuge premorto. Avvisiamo pure esservi in ciò una imperfezione ed un voto spiacevoli; e ci riserbiamo tornare a ragionarne a suo tempo (su l'art. 767 *infra).*

SEZIONE II.

Della rappresentazione.

SOMMARIO.

382. — Passaggio.
383. — Divisione.

382. — La stessa teorica della rappresentazione forma parte delle *disposizioni generali* campeggianti, se lice così esprimersi, intorno allo intero sistema delle successioni intestate; dappoichè, se è vero che essa non sia applicabile indistintamente a tutte le categorie di eredi (art. 741—662), applicasi almeno a parecchie delle medesime (art. 740, 742—661, 663); ed i suoi effetti fanno sentirsi spesso ed in lontananza, nelle diverse combinazioni prodotte dallo esercizio, e, in certa guisa, dall'*attuazione* di tutto il sistema delle successioni.

Dunque conviene trattarne pure, come lo stesso legislatore ha praticato, innanzi di occuparsi della chiamata particolare di ciascun ordine di eredi.

383. Ecco, intorno a questo subbietto, i tre principali punti che dobbiamo disaminare.

1.° Che cosa sia la rappresentazione; e sotto quali condizioni possa aver luogo;

2.° In quali casi, ed a pro di quali eredi venga ammessa;

3.° Quali sieno i suoi effetti.

§ I.

Che cosa sia la rappresentazione; e sotto quali condizioni possa aver luogo.

SOMMARIO.

384. — Basta, ma è necessario, per succedere essere sopravvissuto all' apertura della successione. — In che consista il succedere per diritto di trasmissione.

385. — Se l'erede presuntivo sia morto prima dell' apertura della successione, non avendo avuto mai alcun diritto, non ha potuto trasmetterne veruno nè anche a' suoi figli. — Precisamente le spiacevoli conseguenze che questo principio avrebbe potuto produrre han fatto escogitare la rappresentazione. — Esposizione.

386. — Della rappresentazione per diritto romano.

387. — Della rappresentazione per antico diritto francese. — Del *richiamo*.

388. — Continuazione. — Della origine della rappresentazione nell' antico diritto consuetudinario francese.

389. — Definizione della rappresentazione.

390. — Continuazione. — E' forse vero che la rappresentazione sia una finzione?

391. — Le condizioni sotto le quali la rappresentazione può aver luogo possono esprimersi sotto la forma di cinque principali regole:

392. — A. E' uopo sempre che i rappresentanti sieno i figli o i discendenti de' rappresentati.

393. — B. Lo stesso rappresentante è personalmente erede di colui al quale succede per rappresentazione.

394. — C. Al rappresentante derivano la chiamata sua ed i suoi diritti dalla stessa legge ed unicamente da essa.

395. — Del richiamo nel nostro antico diritto. — Oggidì la rappresentazione può stabilirsi dalla sola legge.

396. — La regola si è che il rappresentante non ritrae i propri diritti menomamente dal rappresentato. Conseguentemente: 1°. puossi rappresentare colui nel momento della morte del quale non erasi ancor concepito.

397. — 2°. Puossi rappresentare colui alla eredità del quale siasi rinunziato.

398. — 3°. Puossi rappresentare colui dalla eredità del quale si fosse stato escluso come indegno.

399. — 4°. Il rappresentante non è obbligato a pagare i debiti del rappresentato. — Spiegazione.

400. — Obbiezione avverso la regola la quale permette rappresentare colui alla eredità del quale siasi rinunziato, o dalla quale sia stato escluso come indegno. — Risposte.

401. — D. Non si rappresentano le persone viventi, ma semplicemente quelle morte naturalmente o civilmente. — Esame di questa regola.

402. — Continuazione.

403. — Per qual ragione potevansi rappresentare le persone morte civilmente.

404. — Il Francese il quale, senza autorizzazione, si fosse fatto naturalizzare in paese straniero, potrebbe forse essere rappresentato?

405. — La persona assente, ovvero semplicemente presunta assente nel momento dell' apertura della successione, può forse venire rappresentata?

406. — Possonsi rappresentare, nella medesima successione, più persone. — Con quali condizioni?

407. — E. Possonsi rappresentare soltanto le persone che sarebbero state chiamate alla successione del *de cujus* se gli fossero sopravvissute.

408. — Continuazione. — Antico diritto su questa regola.

409. — Continuazione. — Novello diritto su questa regola.

410. — Continuazione.

411. — Continuazione.

412. — Continuazione.

413. — Continuazione. — Come mai spiegare poter venire rappresentato il morto civilmente?

414. — Continuazione. — Delle cause d' incapacità accidentali relativamente alla persona rappresentata.

415. — Continuazione. — La incapacità di succedere la quale colpisce, a norma del decreto 26 agosto 1811, il Fran-

cese naturalizzato senza autorizzazione in paese straniero osta forse al venire rappresentato?

384. — Per succedere è uopo necessariamente esistere nel momento dell'apertura della successione (art. 725—646, *supra*, n. 174.)

Questa condizione è sufficiente, per modo che l'erede, anche quando fosse sopravvissuto per un solo istante, reputasi aver conseguita la eredità; ed i suoi credi rinvengono tale eredità nella sua successione, di cui è uno degli elementi.

Ecco ciò che da lungo tempo denominasi raccogliere una eredità per *diritto di trasmissione*, raccoglierla, dicesi, *mediatamente*, *jure alieno* (confr. Lebrun, lib. III, cap. V. sez. I. n. 1; Chabot, art. 739, n. 6; Toullier, t. II, n. 288; e Duvergier, *h.loc.*, nota a, ec.)

Il vero si è che non è questo del tutto un modo di raccogliere la eredità nè di succedere; sì bene semplicemente ricevere tal quale trovasi, con l'attivo onde si compone, la seconda eredità, in cui rinviensi confusa la prima. Questa proposizione è affatto incontrastabile, quando lo erede, sopravvissuto all'apertura della successione, sia trapassato, dopo averla esso medesimo accettata; ma non è meno indubitato, anche quando sia morto senza rinunziarvi o senza accettarla; avvegnachè talo eredità, con la facoltà di accettarla o rinunziarvi, rinviensi nella propria successione; ed è manifesto che coloro i quali raccolgono così mediatamente la prima eredità possono avervi diritto accettando la eredità di colui al quale è stata devoluta, e solo *da parte sua* possono sperimentare i diritti che ne emergono (art. 781—698). Quindi basta venir chiamato, in forza di un titolo qualsivoglia, come erede o legatario, alla seconda successione, per poter conseguire la prima eredità, la quale ne forma parte, anche quando si fosse stato affatto estraneo all'autore di questa prima eredità.

E' questa la consegnenza del principio, che l' erede sopravvissuto, eziandio per un solo istante, all' apertura della successione, trovasi investito de' beni ereditarj, ed egli medesimo li trasmette a' proprj successori.

385.—Se per contrario l' erede presuntivo sia trapassato prima dell' apertura della successione, non vi ha mai avuto alcun diritto; e conseguentemente non ha potuto trasmetterne alcuno, eziandio a' proprj figli o discendenti.

Ineluttabile è questa proposizione; ma avrebbe potuto produrre, in alcuni casi, se il legislatore non vi avesse provveduto, risultamenti infinitamente spiacevoli.

Adduciamo l' esempio di un individuo che abbia due figli o due fratelli.

Uno di essi muore prima di lui, lasciando un figliuolo.

E di poi muore il padre o il fratello comune.

In simil caso qual sarebbe mai la conseguenza della regola, a norma di cui, fra parenti appartenenti allo stesso ordine, succedono i più prossimi ad esclusione de' più rimoti?

Si è che il figlio o il fratello del *de cujus*, trovandosi nel primo o nel secondo grado, escluderebbe il nipote, il quale si trovi nel secondo o terzo grado.

Or due considerazioni egualmente potenti militavano qui avverso tale disumana e non diligente applicazione della regola:

Diciamo *disumana*; avvegnachè sarebbe stata estrema durezza lo statuire che la morte prematura del padre di famiglia priverebbe irreparabilmente i suoi figliuoli di una eredità che doveva conseguire, secondo il corso ordinario della natura, e che avrebbe di poi loro trasmessa (*ved.* nondimeno *infra*, n. 412);

Soggiugniamo *non intelligente*; dappoichè questa applicazione della regola sarebbe stata direttamente contraria allo scopo essenziale cui mira la regola medesima. Di fatti per qual ragione il legislatore ha voluto che le credità venissero deferite secondo la prossimità del grado? per uniformarsi al voto della natura ed alle affezioni ordinarie del cuore dell' uomo: or chi non conosce quanto amore o quanta sollecitudine la natura ha inspirato nel cuore dell' uomo pe' figli di un figliuolo o di un fratello che abbia avuto il dolore di perdere, anzi quasi sempre con maggior tenerezza volge ad essi l' affetto nutrito pel padre o per la madre loro!

Dunque gli stessi motivi su cui poggia la regola della prossimità del grado richiedevano allora apportarvisi una eccezione, apparente anzichè reale, dappoichè lungi dallo alterarla, ne constituisce per contrario il compimento più equo e la più manifesta conferma.

Ed ecco perchè si è escogitata la *rappresentazione*, val dire una finzione la quale faccia, in certa guisa rivivere, in persona de' figli, il padre o la madre loro premorti.

La qual cosa faceva affermare agli antichi nostri scrittori che « la rappresentazione è

la immagine presente della persona assente.. *absentis alicujus praesens imago.* » (Confr. Basnage, su l'art. 304 della cons. di Normandia; Ottomano; *Controv, nepot. vel patr. argum.* 3).

386.—Precisamente al diritto romano risale l'origine di questa istituzione.

A dir vero non pare che i romani giureconsulti abbiano avuto conoscenza del vocabolo *rappresentazione*: neppure esattamente è noto, appo noi, in quale epoca questo vocabolo venne introdotto nella nostra giurisprudenza; ed era ignoto in parecchie delle consuetudini che avevano adottato la istituzione, ancorchè, dice Lebrun, sembri *sommamente proprio e significativo* (lib. III, cap. V, sez. II, n. 3).

Checchè ne sia, la cosa, se non il nome, sussisteva in Roma, dove anzi era una conseguenza dell' ordinamento della famiglia. Di fatti è noto che la patria potestà estendevasi su' figli del figlio, *nepos et neptis ex filio*, su' pronipoti, *pronepos et proneptis*, e finalmente su tutti i posteri di maschio in maschio, *et deinceps ceteri* (Inst. *de patria potest.*, § 3); e quando accadeva che il figlio uscisse dalla famiglia per morte o emancipazione, i suoi *figli*, rimasti nella famiglia, sotto la potestà dell' avo loro, vi occupavano naturalmente il posto del padre loro; e nella successione di questo avo concorrevano con gli altri figli, val dire co' loro zii, o zie, comunque costoro fossero in primo grado: *Æquum enim esse videtur nepotes neptesque in parentis sui locum succedere*. ..(Inst., *de haeredit. quae ab intestat.*, § 6).

La rappresentazione ammessa allo infinito, in linea retta (discendentale) non aveva giammai luogo, per contrario, in conformità dell' antico diritto romano, in linea collaterale: abbiamo già ravvisato che Giustiniano fu il primo ad introdurla a pro de' nipoti del defunto (*supra*, n. 345).

387.—Il principio della rappresentazione è tanto equo, *aequum visum est*, è tanto unisono alle affezioni naturali del cuore umano che è da meravigliare della lentezza onde siasi introdotta nella nostra antica legislazione nazionale, e degli ostacoli incontrativi.

E' vero che questa osservazione non applicasi alle antiche provincie di diritto scritto, dove le regole stabilite da Giustiniano in questa materia vennero esattamente osservate (*supra*, n. 345).

Ma per l' opposto nella maggior parte delle provincie consuetudinarie la rappresentazione non veniva ammessa, neppure in linea retta. *Quanto più le consuetudini volgevano al nord*, dice Lebrun, *tanto più erano contrarie al diritto di rappresentazione* (lib. III; cap. V, sez. II, n. 3); sol dopo la riforma tal principio venne ammesso nella consuetudine di Orleans nel 1509, e nella consuetudine di Parigi nel 1540.

È ben vero che lo consuetudini le quali non ammettevano la rappresentazione avevano escogitato il mezzo di supplirvi; quello cioè del *richiamo*, val dire la dichiarazione onde permettevasi alla persona ordinare che, in caso di premorienza di uno de' suoi eredi presuntivi, i figli di questo crede lo rappresentavano nella sua successione; val dire che la rappresentazione non vi era ammessa pel diritto medesimo della consuetudine, ma che dipendeva dalla volontà del *de cujus*, il quale poteva accordarla o negarla. Procedevasi in tal guisa, dice Basnage, per rendere i figli più rispettosi (su l'art. 236, della cons.) E di fatti giustificavasi tal sistema dal motivo *che i figli trovavansi così con le mani legate e molto meno propendevano a contrarre matrimonio senza il consenso del padre loro*; dappoichè conoscevano che, dopo aver mancato a questo naturale rispetto, *se morissero prima del padre loro, i loro figli resterebbero privi della eredità*. . . (Lebrun, lib. III, cap. X, sez. III, n. 40; agg. Molineo, sull'art. 76 della cons. di Boullenois.)

Il rimedio è violento, aggiungneva Lebrun; e ciò era manifesto; dappoichè avrebbesi potuto ancora, con tal motivo, far dipendere da una dichiarazione di volontà da parte del padre la chiamata dello stesso figliuolo alla sua successione; dappoichè eziandio il figlio sarebbesi trovato in tal guisa con le *mani legate*.

Ma il vero e la giustizia finiscono presto o tardi col trionfare; ed il principio della rappresentazione in linea retta era di fatti addivenuto negli ultimi tempi, salvo pochissime eccezioni, il diritto generale de' paesi consuetudinarj; ed eziandio in linea collaterale venne ammesso da molte consuetudini, alcune delle quali l' avevano spinto sino alla maggiore esagerazione (*supra*, n. 352).

388.—Quale fu mai, nell'antico diritto consuetudinario, la origine della rappresentazione? e donde mai gli provenne?

Le consuetudini erano, in questa materia,

cotanto diverse, piuttosto cotanto contrarie le une alle altre, « che sembra malagevole il credere, diceva Guiné, che se tutte l'avessero desunto dallo stesso luogo, le avrebbero attribuito si opposti effetti; » e l'autore espone, in tal congiuntura, la controversia insorta per « conoscere se l'uso che noi abbiamo in Francia proceda dalla Novella di Giustiniano o dall'antica usanza delle Gallie. » (Del diritto di rappresentazione, p. 6, 7.)

Non dobbiamo qui approfondire tal tesi: ci sembra nulladimeno importante disvelare la origine dagli storici attribuita alla rappresentazione, e da Michelet così riferita:

« Nell'anno 944 in Allemagna taluni divisavano che i figli do' figli non dovessero annoverarsi tra' figli, nè conseguire nel legittimo grado la parte loro nella eredità in concorso con questi ultimi, nel caso in cui il padre fosse morto durante la vita dell'avo; ma il re (Ottone 1.°), con miglior consiglio, non volle che i nobili e gli anziani del popolo si esponessero ad indecenti discussioni; comandò che la cosa venisse decisa da campioni. Or il partito il quale sosteneva che i figli de' figli dovessero annoverarsi tra figli riuscì vittorioso; e venne statuito che conseguirebbero una parte co' loro zii paterni, e che sarebbe questo uno statuto fermo e stabile per sempre. » (*Origini del diritto francese*, p. 64).

Laondo la quistione venne così trencata *a colpi di spada*, avverte pure Basnago, *gladiatorio certamine* (constit. 4); ed aggiugne altresì che « la storia osserva che il nipote riportò due volte la vittoria! » (su l'art. 238 della cons. di Normandia).

389. — Gli autori del Codice Napoleone, i quali imprescro a fondare un sistema di successione intestata su la equità, su le affezioni presunte del trapassato, e su' suoi doveri di famiglia, come pure sul politico interesse dello Stato, non potevano astenersi dallo ammettere la rappresentazione, la quale dà a tutte queste considerazioni una soddisfazione manifesta.

Ed ecco in quali termini la diffiniscono primamente nell'art. 739—660:

« La rappresentazione è una finzione del-
« la legge, il cui effetto è di far entrare i rap-
« presentanti nel luogo, nel grado, e ne' dirit-
« ti del rappresentato. »

Forse nessun subbietto ha meglio dimostrato di questo la voracità della massima romana: *Omnis definitio in jure civili periculosa est*. (L. 202, ff. *de regul. juris*). Già molte definizioni eransene date nella nostra antica giurisprudenza da Pontano, su l'art. 140 della consuetudine di Blois, da Duplessis, da Ricard, ne' loro *Trattati della rappresentazione*; e Guinè con molta facilità dimostra queste diverse *descrizioni*, come egli dice, non essere soddisfacenti (p. 3, 5).

Quella racchiusa nell'art. 739 è stata similmente con somma vivacità censurata; ed è da confessare poterglisi accagionare primamente di trovarsi nella definizione medesima adoperati i vocaboli da diffinire (*rappresentanti, rappresentati*), e di non additare alcuna delle condizioni della rappresentazione, neppure il necessario rapporto (di filiazione) che debbe unire il rappresentante al rappresentato.

Pothier ha dato della rappresentazione due diffinizioni, una nel suo *Trattato delle successioni* (cap. II, sez. 1, art. 1); l'altra nella sua Introduzione al titolo XVII della consuetudine di Orleans, la quale ci sembra compiuta e migliore.

« Puossi diffinire, egli dice, la rappresentazione una finzione di diritto onde figliuoli di grado ulteriore vengono avvicinati e posti nel grado che occupava il padre o la madre loro nella famiglia del defunto, ad obbietto di succedere tutti congiuntamente, nel suo luogo, alla stessa porzione cui avrebbero succeduto i suddetti genitori. » (N°. 47).

390.—Si è manifestato vivo dispiacere per avere i compilatori del Codice Napoleone riprodotto nell'art. 739 cotesta idea di *finzione* mercè di cui la rappresentazione veniva definita da' nostri antichi autori, tranne nulladimeno Lebrun, il quale la denominava semplicemente *un diritto* (lib. III, cap. V, n.° 1).

Le finzioni, si è detto, sono indegne della maestà della legge: esse furono escogitate in Roma da'pretori e da' giureconsulti, per temperare con mezzi obbliqui, il rigore di una legge che non potevano direttamente abrogare; ma, ne' nostri odierni tempi, il legislatore non abbisogna di fingere: egli ordina, comanda! Altronde non evvi e non vi è stato giammai qui veruna finzione: si fa ascendere il rappresentante ad uno o più gradi; ed esso medesimo vien chiamato alla successione: ciò è apparentemente oltremodo vero e positivo (confr. Toullier, t. II, n. 189).

Cotesta censura non ci sembra ben meritata.

Primieramente è ineluttabile che il legisla-

tore, in tutte le epoche, possa, con somma convenienza al certo, creare finzioni, val dire supposizioni, ed in certa guisa artifiziali verità. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing (t. III, n. 359) osservano con infinito fondamento che le finzioni in Roma non furono semplicemente l' opera de' pretori, ma che eziandio le leggi, *jus ipsum*, ne crearono, come, a cagion di esempio, la legge *Cornelia* (confr. L. 10, ff. *de captiv. et postlim*). Di fatti la scienza del diritto civile, di cui la legge è vivente manifestazione, comporta per contrario meravigliosamente tali escogitazioni sì spesso utili quanto ingegnose, le quali mantengono l' unità e l' armonia delle sue regole, rannodandovi, come conseguenze, anche quelle fra le loro disposizioni le quali in sostanza talvolta radicalmente se ne dipartono. Noi ne rinverremo più di un esempio (confr. *Temi*, t. VIII, p. 50, Ferry); e nel nostro subbietto in particolare puòssi affermare che l' uso del vocabolo *finzione*, il quale altronde eravi tradizionale, trovasi troppo a sufficienza giustificato. I figli del presuntivo erede trapassato non avrebbero di fatti potuto succedere, se si fosse tenuto dietro al fatto, alla veracità del fatto, dappoichè sarebbero rimasti esclusi da eredi più prossimi; ovvero se fossero succeduti, la divisione tra essi avrebbe sempre avuto luogo per capi. Ebbene! il legislatore ha immaginato di fare, in certa guisa, rivivere il premorto in persona de' suoi figli; e non potrebbesi negare esservi alquanta finzione in questo duplice effetto della rappresentazione, la quale, da un lato, chiama i parenti più rimoti a concorrere coi più prossimi ovvero ad escluderli, e d' altro lato ferma la divisione per stirpi fra' diversi rami della parentela (*ved*, nondimeno *infra*, n. 412).

Soggiugniamo, con Demante (t. III, n. 47 *bis*, II), che il vocabolo finzione ha pure un duplice vantaggio: primamente di essere, per così dire, da parte del legislatore, una patente sanzione del sommo principio, a norma di cui le successioni debbonsi deferire secondo la prossimità del grado, principio sembrato siffattamente essenziale che si è creduto potersene dipartire soltanto mercè di una finzione; ed in secondo luogo di caratterizzare preventivamente la natura e gli effetti della rappresentazione; « avvegnachè il legislatore, con lo annunziare fingere fatti non reali, brevemente manifesta il suo intendimonto di consecrare, pel supposto caso, tutte le conseguenze da desumere da tali fatti, se fossero reali » *infra*, n. 429 e seg.)

391.—Le condizioni onde la rappresentazione può seguire ci sembrano potersi esprimere sotto la forma di cinque precipue regole :

A. È sempre uopo che i rappresentanti sieno i figliuoli o i discendenti de' rappresentati.

B. Lo stesso rappresentante è personalmente erede di colui al quale succede per rappresentazione.

C. Il rappresentante riceve la chiamata sua ed i suoi diritti non dal rappresentato, ma dalla stessa legge e da essa sola.

D. Possonsi rappresentare soltanto le persone morte naturalmente o civilmente.

E. Possonsi rappresentare soltanto le persone, le quali sarebbero state chiamate alla successione del *de cujus*, se gli fossero sopravvissute.

Noi successivamente ci faremo a ragionare intorno a ciascuna di queste regole; e vi ravviseremo le diverse condizioni onde la rappresentazione può esercitarsi.

392.—A. È primamente affermiamo esser sempre uopo che i rappresentanti sieno i figli o i discendenti de' rappresentati.

A due specie di relazioni conviene por mente in questo subbietto:

Da un lato a quelle che legavano il rappresentato a colui della successione del quale si tratta.

D'altro lato a quelle che legavano il rappresentante al rappresentato.

Ragioneremo delle prime, quando esamineremo a pro di quali eredi sia ammessa la rappresentazione (*infra*, n. 416 e seg.)

In questo momento trattasi soltanto della relazione che ha dovuto esistere fra il rappresentante ed il rappresentato per essere possibile la rappresentazione.

Or la essenziale ed invariabile regola all' obbietto si è che il rappresentante debba sempre essere il figliuolo o il discendente del rappresentato.

La rappresentazione, diceva Lebrun, « proviene dal legame, per non dire dalla identità del padre o del figlio; e precisamente per tal motivo i soli figliuoli rappresentano, o ciò non permettesi giammai, in qualsivoglia caso, a' collaterali; . . . tal diritto attinge suo fondamento nella natura, la quale perpetuamente surroga i figli al padre, e fa risorgere il padre estinto in persona del figliuolo superstite. » (Lib. III, cap. V, sez. 1, n. 1).

La consuetudine di Borgogna esprimeva la stessa idea nella seguente breve formola: *Ciò che spetta al padre spetta al figlio* (articolo. 19, tit. VII).

Ciò che suppone, soggiogneva Davot, che la rappresentazione non ha giammai luogo da parte di un collaterale (lib.III, tit.V, cap.XV, n. 2; agg. Loisel, *Inst. consuet.*, lib. II, tit. V, regola VI).

E di fatti questa prima regola essenzialmente deriva dalla idea madre della rappresentazione, se lice così esprimersi. Se lo stesso rappresentato, erede presuntivo, fosse sopravvissuto al *de cujus*, la trasmissione di questa eredità trovavasi effettivamente assicurata a' proprj figli; dappoichè non evvi speranza ereditaria più stabile e sicura di quella di una successione in linea retta discendentale: or la rappresentazione è stata precisamente escogitata ad obbietto di riparare, nello interesse de' figlinoli, il nocumento lor cagionato dalla morte prematura de' lor genitori (*ved.* nondimeno *infra*, n. 412).

393.—B. Lo stesso rappresentante è personalmente erede di colui al quale succede per rappresantazione;

È questa la nostra seconda regola; ed essa va di per sè dimostrata.

È manifesto non il rappresentato poter essere erede, trovandosi morto prima dell'apertura della successione (art. 725, 744—646, 666).

Dunque il rappresentante stesso, personalmente, è erede, e succede, *suo prorsus et proprio jure*, diceva Pontano su l'art. 140 della consuetudine di Blois, *ex capite proprio et ex propria persona*, diceva similmente Molineo (*de Feud.*, § 22, n. 103; confr. articolo 739, 740, 742; 848, ec.—660, 661, 663, 767),

Di qui la conseguenza da Guinè con massima esattezza formolata ne' seguenti termini: « Essere uopo che il rappresentante abbia la personale abilità di succedere a colui della eredità del quale si tratta. » (*Della rappresentaz.*, p. 152).

Di fatti precisamente nella sua persona debbonsi rinvenire le diverse qualità richieste per succedere e conseguentemente è necessario:

Che trovisi concepoto nel momento dell'apertura della successione;

Che sia nato vitale (art. 725);

E che non sia dichiarato indegno (articoli. 727—648; *supra*, n. 292; confr, Pothier, *delle Success.*, cap. II, sez. 1, art. 1, § 1; Chabot su l'art. 739).

Ecco perchè eziandio abbiamo ravvisato che l' adottato in caso di premorienza dell'adottante non potrebbe rappresentarlo nella successione de' suoi genitori (art. 349—273; decis, C. di Tolosa 25 apr. 1844, Defor, Dev.. 1845, II, 69; agg. il nostro t. VI, *Trattato dell'adozione*, n. 133.)

Ed altresì per lo stesso motivo abbiamo divisato che i figli dell' adottato premorto non potrebbero rappresentare il padre loro nella successione doll' adottante (*ved.* il nostro tomo VI, n. 139, 141).

394.—C. La nostra terza regola è la seguente:

Il rappresentante riceve la chiamata sua ed i suoi diritti dalla stessa legge, e soltanto da essa.

E da chi altro mai potrebbe dunque riceverli?

Forse dal rappresentato?

Ma il rappresentato è morto prima dell'apertura della successione; ed egli medesimo non vi ha mai avuto alcun diritto!

Da colui della eredità del quale trattasi, del *de cujus*?

Ma noi siamo nella ipotesi di una successione intestata, di una successione deferita dalla legge! Indubitatamente il *de cujus* può fare liberalità testamentarie; e sarà questo un ben diverso ordine di principj. Trattasi qui della successione legittima; ed è manifesto le regole che la constituiscono poter derivaro dalla sola legge.

395.—Non pertanto è ben fondato il sostenere che, nella nostra antica giurisprudenza, il diritto di rappresentazione poteva, sotto alcuni riguardi, discendere dalla volontà del *de cujus*, mercè del *richiamo*, di cui già parlammo (*supra*, n. 387).

Il richiamo era di due specie:

Sia *intra terminos juris*, quando aveva luogo in linea retta a pro de' discendenti; ed in linea collaterale a pro de' nipoti del *de cujus*;

Sia *extra terminos juris*, quando aveva luogo oltre questi gradi in linea collaterale.

Il richiamo *intra terminos juris* offriva di particolare, che potevasi fare non solo con atto rivestito della forma de' testamenti, ma con altro atto qualsivoglia; la qual cosa ne formava, como ben si scorge, una specie di rappresentazione in materia di successione intestata, la quale nondimeno andava subor-

dinata alla volontà del *de cujus*; ed anche parecchi giureconsulti pretendevano dover pure avvenir lo stesso del richiamo *extra terminos juris*; ma questa tesi vivamente controvertivasi (confr. Pothier *delle Success.*, cap. II, sez. III, art. 1, § 3; Lebrun, lib. III, cap. X, sez. III; Guinè, *della Rappres.*, p. 183).

Nulla oggidì abbiamo di simigliante, nè richiamo di veruna specie si ammette.

E la rappresentazione, appo noi, è sempre unicamente *una finzione della legge* (articolo.739—660).

396.—Diciamo che il rappresentante non riceve menomamente dal rappresentato la sua chiamata ed i suoi diritti.

Quod filius succedat in locum patris seu matris, quantum ad successionem avi, non habet a patre, sed ex dispositione legis: così esprimovasi Bartolo (su la L. 93. ff. *de adquir: hæredit*).

Ecco il principio.

Ecco ora le consegoenze:

1°. Puossi rappresentar colui nel tempo della morte del quale non erasi ancor conceputo; *il che constituisce*, diceva Lebrun, *un punto di diritto indubitabilissimo* (lib. I, cap. III, n. 11; *infra*, n. 403).

397. — 2°. Puossi rappresentar colui alla successione del quale siasi rinunziato.

Tal è la positiva disposizione dell' art. 744, 2°. comma, il quale, su tal punto, sancisce un principio da lungo tempo ammesso nella subbietta materia, ad onta della obbiezione un tempo desunta, avverso tal principio, dalla Novella 22, cap. XXI, dell' imperator Giustiniano (confr. Lebrun, lib. III, cap. V, n. 41 e 42).

398.—3.° Puossi rappresentare colui dalla succession del quale si fosse stato escluso come indegno (*supra*, n. 292).

Obbietterassi forse che, in tal caso, la rappresentazione non potrebbe avere per fondamento la speranza di una trasmissione probabile, avendovi ostato la indegnità? ma la rinunzia non vi avrebbe ostata meno della indegnità; e non pertanto questa rinunzia non impedisce la rappresentazione (confr. articolo. 744, 2°. comma; *supra*, n. 397, e *infra*, n. 400).

Vi sarebbe altra più vigorosa obbiezione, quella cioè consistente nel sostenere che tal dottrina offre un grave pericolo; dappoichè, autorizzando la rappresentazione della vittima da parte dell'uccisore può così inspirargli il divisamento del reato, e sospingervelo in certa guisa mercè la speranza stessa di tal chiamata ereditaria, che dal reato discenderà a suo pro!

Questa considerazione, indubitatamente non va sfornita di gravezza.

Ma in ultima analisi ci troviamo qui nei termini generali del diritto, i quali ammettono la rappresentazione: sarebbe necessario un testo speciale per potersi escludere nella nostra ipotesi; ed il testo medesimo non esiste (confr. Demante, t. III, n. 51 *bis*, II; Marcadè, su l' art. 730, n, 3).

399.—4° Il rappresentante non è obbligato a soddisfare i debiti del rappresentato: non vi è obbligato, diciamo, nella sua qualità di rappresentante, se non siane altronde tenuto per avere accettato la eredità del rappresentato. Se non che osserveremo poter essere tenuto, rispetto alla successione, alla quale viene per rappresentazione, a talune obbligazioni, cui lo stesso rappresentato sarebbe stato tenuto riguardo alla successione medesima, se vi fosse stato chiamato (confr. *infra*, n. 427; arresti C. cass. 5 glaciale anno VII, 8 feb. 1810; Guinè, *della Rappresent.*, p. 171; Merlin, *Rep.*, v. *Rappresent.*, sez. IV, § 4; Chabot, su l' art. 744, n. 4).

400. — Abbiam detto, in conformità dell' art. 744, che:

« Si può rappresentare quello alla cui successione siasi rinunziato. »

Abbiamo eziandio soggiunto potersi rappresentare colui dalla successione del quale si sia stato escluso como indegno (*supra*, numeri 397, 398). — Di fatti è questa la logica conseguenza della nostra regola, che il rappresentante non consegue i suoi diritti dal rappresentato, conseguenza tradizionalmente sancita in questo subbietto (cons. di Parigi, art. 308; di Orleans, art. 307; Pothier, *delle Success.*, *loc. supra cit.*; Lebrun, lib. III, cap. V, sez. 1, n, 10).

Ma questa regola non è forse contraria allo intendimento che ha inspirato lo intero sistema della rappresentazione?

Di fatti la rappresentazione fu inspirata dal pensiero essere equo il riparare il nocumento sofferto da' figliuoli per la morte prematura del padre o della madre loro, nella successione del quale essi medesimi avrebbero conseguito, per trasmissione, la eredità del *de cujus*, se il loro autore gli fosse sopravvissuto.

Or la premorienza del padre o della madre

loro non ha lor cagionato, su tal punto, veruno nocumento, nel caso in cui abbiano rinunziato alla sua eredità; dappoichè anche quando il loro autore fosse sopravvissuto al *de cujus*, la loro rinunzia avrebbe ad essi impedito di conseguire la eredità di costui per trasmissione;

Dunque il motivo che ha fatto stabilire la rappresentazione pareva per contrario richiedere che il rappresentante avesse accettato la eredità del rappresentato premorto.

Due risposte debbonsi fare:

Da un lato è possibilissimo che precisamente la rinunzia non si sarebbe fatta dal figliuolo alla eredità del padre o della madre sua, se costui fosse sopravvissuto al *de cujus*; avvegnachè la eredità in tal caso, da insolvibile, sarebbe forse divenuta vantaggiosa. Indubitatamente sarebbe potuto accadere altresì che la eredità del *de cujus*, fosse stata involta, come il resto de' beni, nella insolvibilità del rappresentato; ed in questo punto, di fatti, la premorienza del padre o della madre prima dell'apertura della successione può giovare ai suoi figli, pe' quali, in tal caso, sarà preferibile succedere per diritto di rappresentazione anzichè per diritto di trasmissione. Ma il legislatore, come è noto, si ferma e potrebbe fermarsi a' soli dati comuni ed alle ipotesi ordinarie.

D'altro lato i rappresentanti, anche quando abbiano rinunziato alla eredità del rappresentato, occupano sempre il posto suo nelle affezioni de' loro ascendenti o de' loro zii e zie; ed abbiam ravvisato esser questa altresì una delle cause che fecero introdurre la rappresentazione.

Dunque in buona sostanza è uopo badare a non confondere, qui come in ogni altro subbietto, le morali considerazioni onde il primitivo pensiero della stessa instituzione ha potuto essere inspirata, con le precise condizioni mercè di cui è stata dappoi legislativamente fermata (confr. Demante, t. III, n. 51 *bis* I).

401. D. — L'art. 744 1° comma — 666, forma la nostra quarta regola nel seguente modo:

« Non si rappresentano le persone viventi, ma soltanto quelle che sono morte naturalmente o civilmente. »

Cotesta regola veniva pressochè universalmente accolta un tempo; ed in tutte le antiche opere rinviensi la famosa nota di Molineo su l' art. 241 della consuetudine del Maine: *Quod repraesentatio nunquam est de persona vivente, sed tantum de parente mortuo naturaliter aut civiliter.*

Avendo la rappresentazione per effetto di porre il rappresentante nel luogo e nel grado del rappresentato, è uopo ad evidenza che questo luogo sia libero e questo grado vôto: or la persona vivente occupa il posto suo e lo stesso suo grado: dunque essa assolutamente osta alla rappresentazione; dappoichè torna impossibile occupare un posto non vacante.

È questo il motivo che si è sempre addotto della nostra regola.

Di fatti il motivo medesimo è razionale: sembra unisono al principio della rappresentazione; ed i nostri antichi autori il reputavano siffattamente tale che nella maggior parte eglino dichiaravano voler così precisamente la ragione e la forza stessa delle cose (confr. Pothier, *delle Success.* Cap. II, sez. I, art. 1., § 2; Lebrun lib. III, Cap. V., sez. I, n. 14; Guinè, p. 163).

Non pertanto dobbiamo, in quanto a noi, dichiarare che questa regola, almeno ne' suoi termini assoluti, non ci sembra sempre presentare cotesto carattere di evidenza e di necessità.

Oh! indubitatamente, se la persona vivente cui la eredità è devoluta l' accetti, la idea della rappresentazione non potrebbe allora sorgere in mente ad alcuno: è manifestissimo che un altro individuo non può esercitare, in sua vece e luogo, un diritto da essa medesima esercitato (confr. Chabot, su l'art. 744, 3).

Puossi affermare altrettanto circa lo stesso caso in cui la persona vivente abbia rinunziato, se la sua rinunzia non sia stata gratuita, e so abbia avuto luogo *aliquo dato*, o per esimersi da una collazione; avvegnachè il vero si è che, eziandio in questa ipotesi, essa medesima esercita il suo diritto nel modo onde meglio crede pe' suoi interessi.

402.—Ma la regola è assoluta, e si applica sempre indistintamente, qualunque sia la causa per cui la stessa persona vivente, alla quale siasi deferita la eredità, non venga a questa successione.

Essa applicasi segnatamente:

1°. Al caso in cui questa persona sia esclusa come indegna;

2°. Al caso in cui essa rinunzii.

Questi due casi sono pure specialmente regolati con due articoli:

Il primo, con l' art, 730 — 653, di cui riferiamo qui il disposto:

« I figli dell'indegno, succedendo per ragio-

« ne propria, e *senza il beneficio della rap-« presentazione*, non sono esclusi per la col-« pa del loro padre... » (*Supra*, n. 292).

Il secondo, con l'art. 787 —704, così concepito:

« Non si succede giammai rappresentando « un erede che ha rinunciato; se il rinun-« ciante è il solo credo nel suo grado, o se « tutti i coeredi rinunciano, subentrano i fi-« gli per diritto proprio e succedono per capi. »

Non si distingue se la persona vivente abbia rinunziato *aliquo dato* o senza ricever nulla.

Essa è vivente! ciò basta, affinchè la rappresentazione non sia mai possibile, anche quando avesse rinunziato o fosse indegno.

È questa la legge nostra.

Ma lice, a parer nostro, divisare che la regola non rappresentarsi le persone viventi, ridotta a questo punto ed in queste ultime applicazioni, non offre pressappoco, nello stesso grado, quel carattere di ragione e di necessità onde, da lungo tempo, si è impreso a giustificarla; e comprenderebbesi al certo benissimo una regola affatto opposta.

Di fatti, da un lato, consultando primieramente la ragione e la equità, per qual motivo rendere i figliuoli vittime della rinunzia o della indegnità del padre e della madre loro, anzichè della loro premorienza? Basnage fa, su tal proposito, la seguente ottima riflessione: « Il diritto di rappresentazione è sembrato cotanto equo. . . , affinchè i figli non venissero privati, per la morte prematura del padre loro, di ciò che gli sarebbe appartenuto. Non è giusto circoscrivere un diritto cotanto favorevole, e dargli adito nel solo caso di morte di colui che vuolsi rappresentare: cio è erroneamente spiegare lo intendimento delle leggi e trasgredire il loro fine. La rappresentazione trovasi introdotta per un principio di equità, per porre i figli in luogo del padre loro; se il padre vivente non vuole prevalersi del suo diritto, non debbe formare ostacolo a'suoi figliuoli...;come il padre non potrebbe arrecare nocumento ai suoi creditori con la sua rinunzia, molto meno può nuocere ai suoi figliuoli... » (Su l'art. 304 della cons. di Normandia).

D'altro lato forse la persona vivente, dopo aver rinunziato o dopo essere stata esclusa dalla successione come indegna, esiste relativamente alla successione? *Abstinens censetur quasi non fuisset*, diceva Molineo (art. 785); ed avrebbesi potuto al certo, senza turbare l'armonia delle regole della rappresentazione, considerare come vôto tal grado, che il chiamato ad occuparlo ha per contrario volontariamente o forzatamente abbandonato.

Da ultimo premorienza, rinunzia o indegnità che mai importano, rispetto a' figliuoli della persona vivente, la quale, per una di tali cause, trovasi esclusa dalla eredità; sono forse men privi, per una causa loro estranea, di un diritto su cui dovevano naturalmente poggiare? Erano forse men cari al *de cujus* per non esser succeduto il padre o la madre loro?

E, posto il risultamento, scorgendo, per esempio, la intera eredità conseguita dallo zio, figlio del defunto, ad esclusione de' nipoti, pronipoti del defunto, avendo il padre rinunziato, non si sente nel cuore quella emozione che suscita sempre in noi lo spettacolo di gravissima durezza, se non d'ingiustizia!

Tali considerazioni sono al certo potentissime: un tempo avevano pur fatto titubare alcuni autori. Anzi Molineo pretendea che i figli del rinunziante venissero ammessi a rappresentare il padre loro, ad obbietto di concorrere con altri nipoti succedenti essi medesimi per rappresentazione di un figlio premorto; e Ricard aveva adottato tal soluzione su l'art. 309 della consuetudine di Senlis (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Rappresentazione*, sez. IV, § 2, n. 4). Finalmente, per una usanza particolare alla provincia di Normandia, vi aveva luogo la rappresentazione di una persona vivente; ed il figlio, non ostante la rinunzia del padre, veniva ammesso a succedere con un parente più prossimo *quasi subducta persona patris e medio* (Basnage, *loc. supra cit.*; Guinè, p. 163).

Soggiugniamo altresì che la stessa rappresentazione *ad obbietto di dividere*, ammessa dalla maggior parte delle nostre antiche consuetudini, constituiva un omaggio renduto al buon fondamento delle testè esposte considerazioni; avvegnachè precisamente, la rappresentazione ad obbietto di dividere aveva luogo quando i figliuoli de' diversi rami venivano chiamati alla successione per effetto della rinunzia de' lor genitori; ed effettivamente constituiva, sotto questo punto di veduta ed in determinata proporzione, una eccezione alla regola non potersi rappresentare una persona vivente (confr. *infra*, n. 436).

Ma il Codice nostro si è attenuto alla massima più generalmente seguitata un tempo, non potere aver luogo rappresentazione di una persona vivente; e l'applica eziandio in

modo anche più assoluto, dappoichè non ha ammesso, come osserveremo, la rappresentazione ad obbietto di dividere.

403.—Dunque è mestieri che la persona da rappresentare sia morta naturalmente o civilmente.

Altronde in ogni tempo la morte civile venne, in questo punto, assimilata alla morte naturale, e con sommo fondamento; dappoichè la morte civile, la quale escludeva il condannato dalla sua famiglia, vi rimaneva così ad un tratto libero il suo posto e vôto il suo grado (art. 25; *ved.* il nostro t. I, n. 202, ed *infra*, n. 443).

404.—Il Francese il quale, senza autorizzazione, si fosse fatto naturalizzare in paese straniero, potrebbe forse venire rappresentato?

È noto che, a norma dell'art. 6 del decreto del 26 agosto 1811, *non avrà più diritto di succedere; e tutte le eredità che gli spetteranno verranno trasmesse al chiamato, dopo di lui, a raccoglierle, purchè sia regnicolo.*

Noi tantosto dimostreremo che, nel caso in cui fosse morto prima del *de cujus*, tale incapacità onde si trovasse colpito non formerebbe ostacolo alla rappresentazione (*infra*, n. 415).

Ma che mai statuire, se sia vivente?

Noi avvisiamo che la rappresentazione sarebbe allora impossibile; avvegnachè, a norma del decreto del 1811, il Francese naturalizzato senza autorizzazione in paese straniero non reputasi morto civilmente: il decreto stabilisce semplicemente contro di lui perdite di diritti e pene, le quali non gl'impediscono occupar sempre nella famiglia il posto suo ed il suo grado: è questa una tesi che crediamo aver dimostrata (*ved.* il nostro t. I, n. 186 e 188).

Conseguentemente la regola non potersi rappresentare una persona vivente rimarrebbe, in tal caso, applicabile (confr. Demante, t. III, n. 50 *bis*, XI).

405. — Ma, per contrario, la persona assente, ovvero semplicemente presunta assente nel momento dell' apertura della successione, potrebbe venire rappresentata.

Basnage non formavane alcun dubbio, quando insegnava aver luogo la rappresentazione *di una persona assente* o *la quale non sia più* (su l'art. CCCIV della consuetudine di Normandia).

E noi possiamo semplicemente riportarci agli sviluppamenti onde crediamo aver già dimostrato esser questa l' unica dottrina ben fondata sotto l'impero del nostro Codice (*ved.* il nostro t. II, n. 208, 209).

Tal è pure il sentimento di Demante (t. III, n. 50 *bis*, I), il quale ha con molto fondamento insegnato che, essendo la rappresentazione meritevole di favore, i casi in cui la legge la nega debbonsi risguardare come eccezionali, e che quindi spetta a chi pretenda non potere aver luogo il dimostrare la esistenza della eccezione da lui invocata. Di qui sorge la conseguenza che chi voglia opporsi, affinchè il figliuolo di una persona sparita senza notizie di lui rappresenti il proprio autore, è tenuto dimostrare che l' autore medesimo esisteva nel momento dell' apertura della successione. Invero, tal dottrina è sommamente unisona, sia all' art. 744 — 666, il quale, nella sua principal disposizione, dichiara, come una eccezione, non potersi rappresentare le persone viventi; sia all' articolo 136— 142, ed a tutta la teorica in materia di assenza; sia da ultimo alle più manifeste regole della ragione e della equità (agg. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, numero 470).

406. Tantosto osserveremo che la rappresentazione, ne' casi in cui è ammessa, ha luogo *allo infinito* (art. 740, 742 — 664, 663); talchè i discendenti più remoti dell' erede presuntivo premorto possono collocarsi al suo grado, risalendo tutti i gradi intermedj, cioè, in altri termini, che possonsi rappresentare, nella medesima successione, più persone.

Ma allora ad evidenza la rappresentazione debbe esser possibile per ciascuna di esse; e conseguentemente è uopo che tutte le persone, le quali separano il rappresentante dal *de cujus*, sieno morte naturalmente o civilmente. Se una di esse fosse vivente, il rappresentante troverebbesi fermato nel suo corso ascendente; e la rappresentazione troverebbesi così tronca ed interrotta.



Settimo può succedere a Primo, suo bisavo, per rappresentazione di Quinto, suo pa-

dre, e di Terzo, suo avo. Ma per ciò ben si comprende essere uopo che possa di fatti rappresentare primieramente Quinto, suo padre, e poscia Terzo, suo avo. Precisamente in tal senso si suole dire che la rappresentazione debba essere immediata e non ha luogo, secondo la espressione di Lebrun, *per saltum, omisso medio*; cioè che debba risalire successivamente, di grado in grado, di scalino in scalino, senza *passo*, senza *scala* (Lebrun, lib. I, cap. III, n. 12; Chabot, su l'articolo 739, n. 4; Duranton, t. VI, n. 175; Demante, t. III, n. 48).

Ma altronde non è necessario, come già osservammo (*supra*, n. 396), che il rappresentante sia stato conceputo durante la vita di coloro che vengono da lui rappresentati; e, nella nostra ipotesi, Settimo, comunque conceputo dopo la morte di Terzo, suo avo, potrebbe nulladimeno benissimo rappresentarlo nella successione di Primo, suo bisavo.

407.—E. Possonsi rappresentare le sole persone chiamate alla successione del *de cujus*, se gli fossero sopravvissute.

È questa la nostra quinta ed ultima regola generale; e non è la meno malagevole (*supra*, n. 391).

L'art. 744—666 sembra il solo che, nella nostra sezione, tratti delle persone le quali possono venire rappresentate; e si limita a dichiarare che non possono rappresentarsi le persone viventi, ma soltanto quelle morte naturalmente o civilmente.

Nulladimeno è mestieri non inferirne che ogni persona indistintamente possa venire rappresentata dopo la sua morte naturale o civile, e che non siavi luogo a ricercare altra condizione da parte della persona rappresentata; dappoichè l'art. 739—660, dichiarando che la rappresentazione fa entrare il rappresentante *nei diritti del rappresentato*, presuppone così virtualmente potersi rappresentare una persona la quale avrebbe avuto effettivamente diritti, se fosse ella medesima sopravvissuta.

E tale è appunto la conseguenza già desunta un tempo dalla Novella 118, a norma di cui il rappresentante doveva avere nella successione del *de cujus* la stessa parte che il rappresentato avrebbe avuta: *tantam ex haereditate portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes fuisset*.

408.—Ma è importante ben chiarire la nostra regola, ed esattamente determinarne la estensione.

Sino a qual segno è ben fondato il sostenere che i *rappresentanti*, secondo la espressione di Pothier, *sono surrogati ne' diritti del rappresentato?*

In altri termini, possonsi forse opporre, sotto ogni rapporto, al rappresentante, per impedirgli di succedere per rappresentazione, le stesse incapacità o gli stessi vizj, che si avrebbero potuto opporre allo stesso rappresentato, per impedirgli di succedere di propria ragione?

Questa tesi era, nel nostro antico diritto, gravemente agitata; ed è da ammettere che essa aveva allora anche importanza maggior di quella che può offerire oggidì; dappoichè il novero delle incapacità e delle esclusioni, in materia di successione, il quale era, sotto l'impero dell'antico diritto, abbastanza considerevole, trovasi per contrario oggidì notabilmente ridotto.

In conformità di una dottrina, le cui basi sembrano essere state unanimamente ammesse da' giureconsulti, i quali andavano in opposti sentimenti solo circa le sue applicazioni, distinguevansi all'obbietto due specie d'incapacità:

Alcune assolute, perpetue, e, come dicevasi, originarie, insite in certa guisa alla persona;

Altre relative, accidentali e fortuite.

Le prime, quando il rappresentato erane stato colpito, potevano opporsi al rappresentante; o piuttosto formavano radicalmente ostacolo ad ogni rappresentazione.

Le seconde, per contrario, non impedivano la rappresentazione e non potevano opporsi al rappresentante, se esso medesimo non ne fosse stato colpito.

Generalmente erasi di accordo a collocare nella classe delle incapacità assolute quelle risultanti, a cagion di esempio:

Dal sesso; quindi i figliuoli delle figlie non potevano succedere ne' feudi per rappresentazione della madre loro (articolo 248 della cons. di Normandia; lib. *de usibus feudor.*, tit. *de succes. fratr.*);

Dalla qualità di straniero; quindi i figli francesi dello straniero premorto non avrebbero potuto rappresentarlo.

Per contrario annoveransi, fra le incapacità relative, quelle emergenti:

Dalla professione religiosa;

Dalla condanna a pena producente morte civile;

Dalla diredazione;
E dalla indegnità.

Circa le esclusioni legali o contrattuali, le quali colpivano le donne *maritate e dotate*, la quistione era oltremodo agitata: alcuni, fra' quali Molineo, Fabro e Bouhier (cap. LXXIII, n. 82), sostenevano che questa esclusione constituiva una incapacità meramente relativa alla stessa figlia, e la quale non era opponibile a' suoi figli; mentre gli altri, ammettendo pressappoco la solidità di questa proposizione (che era effettivamente evidente secondo la proposta distinzione), soggingnevano che la particolare ragione la quale ha fatto escludere le figliuole, cioè il favore che erasi voluto concedere alla linea mascolina de' fratelli della figliuola, doveva far escludere altresì la rappresentazione delle figlie per mezzo de' loro figliuoli. Questo ultimo sentimento era quello professato da Lebrun, da Guiné e Pothier, il quale sogginnge che alcuni giudicati (del 1564 e 1569) avevano fermato in questo senso la giurisprudenza (confr. *delle Success.* cap. II, art. 1, sez. 1, § 2; Guinè, p. 160; Merlin, *Rep.* v. *Rappres.* sez. IV, § 3, n. 8 e 9).

409.—Nessuno articolo del nostro Codice si riferisce a questa antica distinzione; e, volendo attenersi a' soli testi, non potrebbesi affermare se abbia inteso ammetterla o escluderla.

Gli autori che scrissero dopo la sua promulgazione forse neppure hanno trattato cotesta tesi compiutamente, in tutta la sua ampiezza: anzi nella maggior parte non ne fanno la minima menzione; e fra coloro i quali se ne occupano, i migliori ed al certo i più degni di autorità la espongono con una specie di titubanza.

Laonde Demante, dopo averla accennata, ne desume, per così dire, in modo ipotetico, le conseguenze che produrrebbe nel nostro attuale diritto: » *se questi principj sono esatti*, » dice l'eminente professore (t. III, n. 47 *bis*, VII; agg. Toullier, t. II, n. 198; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 460; Massé e Vergé, t. II, p. 260).

410.—Ma tali principj sono forse effettivamente ancora ben fondati oggidì?

Tanto è uopo disaminare.

Rispetto a noi avvisiamo che la distinzione che anticamente, facevasi tra le diverse cause d'incapacità, è affatto unisona a' principj in materia di rappresentazione; e che, spogliandola della formola alquanto astratta sotto cui si è, ne' primi tempi, prodotta, è possibile restituirlo il carattere di semplicità e di chiarezza, che le compete.

Ecco adunque, intorno a questo subbietto, la dottrina da noi suggerita:

Quando si voglia conoscere se la persona premorta possa rappresentarsi, è mestieri, innanzi tutto, supporre essere ancor vivente nel momento in cui la successione si apre, e chiedere, in tale ipotesi, che cosa sarebbe accaduto.

Se la persona premorta, supponendola superstite, non avesse dovuto affatto venir chiamata alla successione, se non vi fosse stato per lei luogo, nè grado, non potrà venire rappresentata: è questo il caso del *vizio assoluto*: . . . *si omnino incapax fuerit*, diceva Roblès (*de Repraesentatione*; tit. 1, cap. XI, n. 18).

Se, per contrario, il premorto avesse dovuto chiamarsi alla successione, se vi fosse stato, per lui, un grado, un posto da occupare, potrà venire rappresentato, anche quando avesse potuto venire personalmente escluso dalla successione: è questo il caso dal *vizio relativo*: . . . *licet in aliquem casum aut eventum exclusus* (Roblès, *loc. supra cit*).

Ci pare che la distinzione, così fermata, sia sommamente giuridica; e si ravviserà che essa produce anche conseguenze infinitamente ragionevoli.

411.—Nel primo caso, cioè quando il premorto era affatto incapace, non andava annoverato, al cospetto della legge, nella famiglia del *de cujus*: non sarebbe stato chiamato affatto alla successione; ed allora non comprenderebbesi come mai la sua premorienza somministrerebbe ad un altro il mezzo di occupare il *posto* ed il *suo grado;* dappoichè ripetiamolo, non eravi, pel premorto, nè posto, nè grado, nè diritti, nè speranza ereditaria di alcuna specie! Dunque la base essenziale di ogni rappresentazione manca qui compintamente; e non potrebbesi ammettere senza la più manifesta inconseguenza: *ne plus juris sit in causa quam in influente potentia causae*, insegnavan pure i nostri antichi autori, nel loro linguaggio alquanto metafisico, ma, su tal punto, oltremodo giusto e ben fondato (Someren, cap. XIV, n. 9 e 10).

Da ciò conseguita non potersi rappresentare:

1.° Colui il quale non era ancor conceputo nel momento dell'apertura della successione del *de cujus*;

2.° Colui il quale non sia nato vitale (art. 725—646);

3.° E non essersi potuto rappresentare neppure, prima della legge del 14 luglio 1849, lo straniero il quale, in questa qualità, non fosse stato chiamato alla successione (art. 11, 726—9, 647).

Di fatti, supponendo che tali persone premorte fossero per contrario sopravvissute al *de cujus*, non avrebbero raggiunta, nella successione alcuna chiamata: non vi sarebbe stato alcun *grado* per esse: dunque, torna impossibile che un altro pretenda, dopo la loro morte, occupare per rappresentazione un grado non mai esistito (confr. Chabot, su l' art. 744, n. 2).

412.—Per contrario, nel secondo caso, val dire quando il premorto, supponendolo vivente, fosse stato chiamato alla successione, può essere rappresentato, anche quando avesse potuto incorrere personalmente una particolare esclusione; dappoichè allora evvi effettivamente un posto, un grado da occupare: finalmente sonovi diritti ereditari; e, trovandosi premorto l'erede presuntivo, nulla impedisce che un altro erede occupi, mercè rappresentazione, questo posto e grado.

Diciamo che nulla vi si oppone, quando effettivamente invocansi avverso il rappresentante taluni vizj relativi, i quali avrebbero potuto opporsi contro il rappresentato, se fosse sopravvissuto.

Queste specie di vizj o incapacità non potrebbero colpire il rappresentante; e due ne sono i motivi:

1° Innanzi tutto non han potuto colpire lo stesso rappresentato, e non sonosi mai ravverati nella sua persona; dappoichè è morto prima dell'apertura della successione.

Di fatti, queste specie di vizj accidentali, ed in certa guisa *contingenti*, hanno il duplice carattere: da un lato, che non distruggono la chiamata ereditaria, che non tolgono via di pieno diritto il titolo di erede, di cui possono semplicemente dappoi produrre la decadenza (*supra*, n. 276); e d'altro lato, che colpiscono chi sia suscettivo d'incorrerli sol quando aprasi la successione, e nel momento in cui diviene erede, essendo cattive le qualità del titolo stesso; or la qualità non può sussistere senza il soggetto; ecco la ragione per cui abbiamo già detto che la indegnità non poteva mai incorrersi innanzi dell' apertura della successione, e che una persona trapassata prima del *de cujus* non aveva potuto giammai considerarsi come indegna (*supra*, n. 278).

2° Anche quando si pretendesse (in disprezzo a parer nostro, di tutte le regole) che il vizio relativo e personale cui il premorto poteva soggiacere, avrebbe potuto colpirlo ed avverarsi legalmente nella sua persona prima dell'apertura della successione, bisognerebbe sempre ammettere che, dopo la sua premorienza, tal vizio non potrebbesi opporre al suo rappresentante.

Non dimentichiamo questo punto capitale, cioè che tali vizj, affatto relativi e personali, non impediscono che chi siane colpito venga chiamato alla successione, che siavi un posto ed un grado. Tanto trovasi espresso in una ottima formola, affermando che il vizio relativo *personam afficit et inficit sed non inficit gradum* (Guiné, p. 158; *supra*, n. 408.)

Dunque sonovi diritti ereditari da conseguire; e conseguentemente potranno conseguirsi, se l'erede stesso che si presenti a tale obbietto sia capace e non indegno;

Or, qui quale è mai l'erede? Forse il rappresentato? no ad evidenza, ma il rappresentante stesso ed egli soltanto;

Dunque, non è da considerare se il rappresentato, nel caso in cui fosse egli medesimo succeduto, avesse potuto essere escluso per vizio a lui relativo e personale; dappoichè, non succede esso personalmente, sì bene il solo rappresentante; e lo stesso rappresentante non trovandosi colpito da questo vizio, nulla manca affinchè segua perfettamente tal chiamata ereditaria; avvegnachè abbiamo, da un lato, un posto, un grado, diritti successorj, e, d'altro lato, un erede il quale non è incapace, nè indegno.

Tanto Someren esprimeva pure con sommo fondamento, quando affermava che la condizione essenziale, in tal caso, si è che il diritto di succedere, il posto, il grado, sieno sussistiti in potenza: *sufficit jus successionis hic et in potentia competiisse;* e che non è più da occuparsi delle incapacità intrinseche, le quali avrebbero potuto eventualmente colpire il rappresentato, se fosse sopravvissuto, incapacità che la morte ha fatto sparire con la sua persona: *vitium aliunde abortum vel extrinsecum per mortem evanescit; et ad casum habilitatis causa redit (loc. supra cit.)*

Del resto ciò dimostra che è mestieri non esagerare la massima campeggiante nella subbietta materia, consistere la rappresentazione nel far risorgere in certa guisa il rappresentato in persona del rappresentante (*supra*, n.

392); avvegnachè, con intendere tal massima troppo letteralmente, valuterebbesi, sotto tutti i rapporti, la capacità del rappresentante, secondo quella che lo stesso rappresentato avrebbe avuta in caso di sopravvivenza; la qual cosa ad evidenza non potrebbesi ammettere.

413.—Ma, nella teorica testè esposta, come mai spiegare, dirassi, che il morto civilmente possa venire rappresentato? Forse la morte civile precisamente non escludeva dalla famiglia colui che trovavasene colpito? Forse la incapacità che ne risultava non era assoluta, *omnino incapax*.

Si è risposto che era questa una eccezione al sistema della legge, eccezione introdotta a pro delle famiglie delle persone morte civilmente; affinchè non fossero private delle eredità per una colpa loro estranea (confr. Chabot, sull'art. 744, n. 4.

In quanto a noi, opiniamo che questa disposizione, lungi dall'essere eccezionale, va per contrario perfettamente compresa nella generale teorica del nostro subbietto, e che ne è dessa anche una conseguenza sommamente logica.

La morte civile *uccideva*, oso esprimermi così, legalmente il condannato, come la morte naturale l'avrebbe fisicamente ucciso.

E non eravi, a suo riguardo, alcun momento in cui fosse stato possibile porlo, *con la sua incapacità*, in rapporto con la successione; talchè eravi stato sempre per lui, nella famiglia del *de cujus*, un posto, un grado, ed una chiamata ereditaria eventuale, la quale non era stata mai annientata per la sua morte civile.

Di fatti, prima della sua morte civile non era incapace; occupava, nella famiglia, il suo grado; e se la successione si trovasse allora aperta, esso medesimo vi sarebbe stato chiamato.

Dopo la sua morte civile era indubitatamente incapace; ma altresì aveva cessato di occupare il suo grado nella famiglia; tal grado non trovavasi tolto via nè annientato; era divenuto vacante, come il sarebbe per morte naturale.

In somma il morto civilmente non era stato mai, al cospetto della legge, simultaneamente vivo ed incapace.

Finchè vivesse, era capace;

Ed appena divenuto incapace, era cessato di vivere!

Da ultimo lo stesso avvenimento che lo colpiva di assoluta incapacità immediatamente rendeva il suo posto libero e vuoto il suo grado.

Dunque non eravi stata, finchè vivesse, nella sua capacità di succedere *in futurum*, alcuna alterazione: dunque la rappresentazione dello individuo morto civilmente era logicamente tanto possibile quanto quella dell'individuo morto naturalmente (*ved.* pure su questa tesi il nostro t. I, n. 196 e 200).

414. — Le cause d'incapacità meramente accidentali e relative alla persona rappresentata sono infinitamente rare sotto l'impero del nostro attuale diritto, in cui non trovansi più ammesse le diredazioni, nè le esclusioni consuetudinarie o contrattuali (*supra*, n. 448).

Puossi pure addurre la indegnità; e di fatti precisamente su tale ipotesi agitasi ora la quistione in disamina (*supra*, n. 292.)

415.—Demante soggiugne che sarebbe uopo risguardare eziandio come incapacità accidentale e penale quella la quale, a norma del decreto 26 agosto 1811, impedisce al Francese, naturalizzato in paese straniero senza autorizzazione, di conseguire eredità in Francia; e che conseguentemente i suoi figli francesi potrebbero rappresentarlo, se fosse per altro premorto (t. III, n. 47 *bis*, VII; *ved.* pure *supra*, n. 404.

Potrebbesi obbiettare che la qualità di straniero constituiva, in persona del premorto, una incapacità assoluta, la quale toglieva via lo stesso grado, anzichè una incapacità relativa, la quale gl'impediva soltanto di occupare il suo grado (*supra*, n. 411).

Ma la proposta soluzione merita favore; e soprattutto dopo la legge del 14 luglio 1819, in conformità della quale gli stranieri possono oggidì succedere in Francia nel modo stesso de' Francesi, opineremmo altresì che la incapacità di succedere stabilita dal decreto del 26 aprile 1811, contra il Francese naturalizzato in paese straniero senza autorizzazione, constituirebbe un vizio relativo e personale, il quale non osterebbe alla rappresentazione.

§ 2.

In quali casi o a pro di quali eredi sia ammessa la rappresentazione.

SOMMARIO.

416.—Divisione.

417.—A. La rappresentazione è ammessa allo infinito in linea diretta discendentale.

418.—La rappresentazione può avervi luogo in tre casi.

419.—Continuazione.

420.—Continuazione.— Il nostro Codice rimuove, nella sub.

416.—Ravvisammo che l'art. 731 — 654 distingue tre ordini di eredi:

A. I figli e discendenti del defunto;

B. I suoi ascendenti;

C. I suoi parenti collaterali (confr. *supra*, n. 360, 361).

In ciascuno di essi è uopo disaminare se e come la rappresentazione vi sia ammessa.

417.—A. E primieramente, rispetto all'ordine de' figli e discendenti, l'art. 740—661 dispone così:

« La rappresentazione ha luogo in infinito « nella linea retta discendentale.

« Essa ha luogo in tutti i casi, sia che i figli del defunto concorrano coi discendenti « di un figlio premorto, sia che, essendo mancati di vita tutti i figli del defunto prima « di lui, i discendenti di detti figli si ritrovino fra loro in gradi eguali o ineguali. »

Soprattutto in linea retta discendentale la rappresentazione dovevasi ammettere allo infinito:

Di fatti, da un lato, i discendenti da un figlio premorto occupano sempre il posto del padre o della madre loro nel cuore dell'avo o del bisavo, ec., il quale, per lo più, gli ama con maggiore affetto;

E, d'altro lato, le successioni in linea retta discendentale trovandosi particolarmente assicurate, sia dall'ordine stesso della natura, il quale fa sopravvivere i figli a' loro ascendenti, sia per la tenerezza de' parenti, i quali non distolgono quasi mai i loro beni dalla loro famiglia, sia mercè della legge civile, la quale attribuisce a' figli una riserva, tornava eminentemente equo riparare, per via della rappresentazione, il nocumento pressappoco indubitato che la morte prematura di uno dei figli aveva così arrecato al suo ramo (agg. articolo 914 — 830).

418.—Dall' art. 740 consegnita che la rappresentazione può aver luogo in tre casi, val dire:

1°. Quando il defunto abbia lasciato uno o più figliuoli nel primo grado e discendenti da uno o più figli premorti;

2°. Quando tutti i figlinoli del primo grado essendo premorti, i loro discendenti trovansi fra essi in gradi ineguali;

3°. Finalmente, quando tutti i figli del primo grado essendo premorti, i loro discendenti trovansi fra essi in gradi eguali.

419.—In questa ultima ipotesi i discendenti del defunto trovandosi tutti in gradi eguali, la rappresentazione non potrebbe avere per iscopo di far ascendere gli uni o gli altri ad un grado più prossimo: allora il suo obbietto è unicamente lo introdurre la divisione per istirpi, ad obbietto di mantenere la eguaglianza fra' diversi rami della discendenza, ed affinchè più nipoti nati da uno de' figlinoli premorti non ottengano tutti una porzione maggior di quella che lo stesso loro autore avrebbe conseguita: *Tantam ex haereditate portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes fuisset* (Nov. 118; Iust., § 6, *de haeredit. quae ab intestat. defert.*, art. 743, 914—665, 830).

420.—L'art. 740, statuendo che la rappresentazione ha luogo, in caso di premorienza di tutti i figliuoli, sia che tutti i loro discendenti troviosi in gradi eguali, sia che troviosi in gradi inegnali, noi affermiamo rimuovere una duplice controversia agitata sotto l' impero del nostro antico diritto.

Da un lato, erasi mossa questione se la divisione dovesse aver luogo per istirpi o per capi, quando più nipoti di rami diversi succedessero in grado eguale al loro avo; e fu pur questa, dice Guinè, *una famosa quistione fra Azone ed Accursio* (*della Rappresent.*, p. 169). Nulladimeno è mestieri affermare che la opinione, in conformità di cui la divisione doveva, in tal caso, farsi per istirpi, era diffinitivamente prevalsa. Molineo avova ciò attestato nel comento su l' art. 9 del cap. XII della consuetudine di Alvergna; ed anche su questo proposito Lebrun accagionava taluni dottori (Azone e lo stesso Accursio), *avere alquanto declinato dal retto sentiero in materia di rappresentazione* (lib. III, cap, V, sez. II, n. 24; agg. Pothier, *delle Success.*, cap. II, sez. 1, § 1 e § 4).

D'altro lato, era un punto molto più controverso ancora quello se i discendenti di un

ramo potessero escludere, mercè la rappresentazione, discendenti da un altro ramo, in grado eguale o più prossimo, i quali non avessero potuto essi medesimi invocare tal beneficio.



Taluni giureconsulti, non volevano che *Quinto*, nipote del defunto (*Primo*), venisse escluso da *Sesto*, suo pronipote, ed ammettevano fra essi la divisione eguale della eredità, *Sesto*, ascendendo soltanto per rappresentazione al grado di *Quarto* suo padre.

«*La rappresentazione*, diceva Basnage, *è un benefizio per succedere semplicemente e non per escludere; dappoichè diversamente si farebbero concorrere* (sic) *due grazie singolari ed una duplice finzione* (su l'art. 304 della cons. di Normandia).

Ma forse, sin dal momento dell' apertura della successione *Sesto*, il pronipote, non erasi trovato, per effetto della rappresentazione, il coerede, in egual grado, di *Terzo*? epperò la parte di costui, rinunziante o indegno, non doveva forse spettargli per diritto di accrescimento? Tal era la ragion di decidere per Pothier (*delle Success.*, cap. II. sez. 1, art. 1, § 3); ed avvisiamo essere uopo, senza esitare ancora oggidì, considerarla come tale; dappoichè la rappresentazione è un effetto diretto ed immediato della legge, la quale fa entrare il rappresentanto nel grado e ne' diritti del rappresentato, e conseguentemente debbe conferire al rappresentante il diritto di escludere coloro che il rappresentato avrebbe esclusi, del pari che essa gli conferisce il diritto di concorrere con coloro con cui il rappresentato sarebbe concorso (articolo. 739, 786—660, 703; confr, Demante, t. III, n. 48 *bis*, II: Duranton, t, VI, numero, 175; Chabot, su l'art. 740).

421.—B. A norma dell' art. 741—662.

« La rappresentazione non ha luogo in fa-
« vore degli ascendenti; il più prossimo, in
« ciascuna delle due linee, esclude sempre il
» più rimoto. »

« La successibilità de' discendenti, diceva l'oratore del Tribunato al Corpo legislativo (Siméon), è tanto naturale quanto legittima; ma quella degli ascendenti è opposta al corso ordinario di ciò che accade: credesi scorgere un fiume risalire verso la sua sorgente; l' ordine della natura trovasi turbato; dunque non vi sarà rappresentazione per tal caso straordinario. » (*Ved.* Locré *Legisl. civ.*, t. X, p. 387).

Questi motivi non hanno convinto Duranton, il quale ha insegnato che la migliore ragione da potersi addurne si è essersi così voluto. *Sit pro ratione voluntas*, dice il detto autore (t. VI, n. 178, nota 1).

Nulladimeno non potrebbesi negare che le due basi su cui poggia il principio della rappresentazione svaniscano qui pressappoco compiutamente.

Da un lato ciascuno conosce che le affezioni non risalgono come discendono, e se i nipoti possono far le veci all' avo di suo figlio o di sua figlia premorti, per contrario l' avo non assume, nel cuore del figlio, il posto del padre o della madre, che ebbe la sventura di perdere.

D' altro lato la eredità del discendente non doveva, secondo l' ordine della natura, conseguirsi dall' ascendente; e la morte prematura del discendente non ha potuto deludere, sotto questo rapporto, alcuna speranza di trasmissione ereditaria per l' ascendente.

Laonde la rappresentazione in linea retta ascendentale non venne ammessa da alcuna delle legislazioni anteriori.

La Novella 118, cap. II, di Giustiniano, la proscriveva eziandio positivamente, statuendo che l' ascendente più prossimo escludesse tutti gli altri: *Hos praeponi jubemus, qui proximi gradus reperiuntur, sive paterni sive materni*. È ben vero che lo imperatore voleva che, quando più ascendenti, tanto paterni quanto materni erano dello stesso grado, la eredità, in vece di dividersi per capi, si dividesse per metà fra le due linee, qualunque fosse il numero degli eredi che si trovassero dall' uno o dall' altro lato; ed erasi preteso avere ammesso, almeno in tale ipotesi, la rappresentazione in linea retta ascendentale. Ma qui stava, dice benissimo Lebrun, *una falsa rappresentazione* (lib. III, cap. V, sez. II. n. 6); ed il vero si è che questa disposizione, eccezionale ed eziandio *irregolare* nel sistema della Novella, come afferma alla volta sua Guiné (*della Rappresen-*

tazione, p. 165), non era altro che il sistema della *divisione* fra le due linee, applicato da Giustioiano in questo caso particolare.

Ma tale irregolarità *meramente arbitraria* (così esprimesi lo stesso Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orléans, n. 26), non veniva ammessa un tempo, almeno ne' paesi consuetudinarj; e ad eccezioue della sola consuetudine di Bailleol, in Fiaodra, era massima generale la rappresentazione noo avere mai luogo a pro degli ascendenti (confr. pure decis. C. di Reims, art. 309; Lebrun, lib. III, cap. V, sez. II, n. 6, 7, 8; Merlin, *Rep.*, v. *Rappres.* sez. IV. § 5.)

La legge del 17 nevoso anno II aveva eziandio disposto che gli *ascendenti succedono sempre per capi* (art. 73).

E tale è parimente la regola fermata dal art, 741—662.

422. Da siffatta regola emergooo doe corollarj:

1°. L'ascendente di grado più remoto non può soccedere al suo discendente per rappresentazione di un ascendente di grado più prossimo.

Se, a cagion di esempio, il defunto non avendo prole, nè fratello, nè sorella, nè discendento da fratello e sorella, abbia lasciato nella linea paterna suo avo e suo bisavo, padre dell'ava premorta, questo bisavo non potrà rappresentare l'ava ad obbietto di concorrere con l'avo.

Similmente l'avo del defunto non potrebbe rappresentare il figlio o la figlia premorti, ad obbietto di concorrero con un nipote o pronipote nella stessa lioea, ed ottenere così, avverso il nipote medesimo, il quarto cui il padre o la madre del *de cujus* avesse avuto diritto (art. 749, 751—671). Per cootrario l'avo sarebbe pienamente escluso dal nipote (art. 746—668 e 669).

2°. Gli ascendenti non possono venire rappresentati, nella successione del loro discendente, da altri discendenti, parenti collaterali del defunto.

Questa seconda parte della regola diceva Guiné, non è men vera (*della Rappresentazione*, p. 165).

Non bisognerebbe obbiettare che i discendenti del padre o della madre, parenti collaterali del *de cujus*, val dire suoi fratelli e sorelle e nipoti, vengono preferiti all'avo ed all'ava; *dappoichè ciò non avviene per rappresentazione*, rispondeva un tempo Guioé (*loc. supra*); la qual cosa è pure evidente oggidì. Di propria ragione ed in loro particolar nome i fratelli, le sorelle o discendenti da essi vengono chiamati, ad esclusione degli ascendenti diversi da' genitori. Di tal chiamata diretta e personale vi sono due pruove indubitate: in primo luogo, che i fratelli, le sorelle o discendenti da essi, i quali escludono, in proprio nome, l'avo e l'avola, succederebbero pure, io proprio nome, in concorso coo gli stessi genitori, ed in secoodo luogo che vengono chiamati, senza distinzione di linea, per modo che un fratello consanguineo, per esempio, escluderebbe l'avo *materno* del pari che l'avo paterno (art. 752): or indubitatamente sarebbe impossibile affermare che il fratello *consanguineo* succeda per rappresentazione della *madre*!

423.— È essenziale altresì osservare che, in conformità dell'art. 741, *in ciascuna delle due linee* l'ascendente più prossimo esclude il più rimoto.

Di fatti abbiamo osservato che la divisione dell'eredità spettata ad ascendenti iogenera, per così dire, duo successioni paralelle e distinte, in ciascuna delle quali le regole della chiamata ereditaria vengono separatamente applicate a' parenti di ciascuna delle linee (art. 733 *supra*, n. 367).

E, intorno a questo subbietto, abbiamo similmente osservato che bisognava non confondere il sistema della divisione col sistema della rappresentazione (*supra*, n. 377).

Non pertanto questa confusione spesso rinviensi nel nostro subbietto: precisamente su la Novella 118 si è cominciato a farla, quando si è preteso trovare un caso di rappresentazione nella disposizione di questa Novella, la quale ordina la divisione per metà fra le due linee paterna e materna, nel caso in cui gli ascendenti di ciascuna delle linee si trovino in eguali gradi (*supra*, n. 421); e molti autori han sempre continuato dappoi a confondere così queste due teoriche nulladimeno oltremodo distinte; comechè, pure ai tempi nostri, si è insegnato che *la divisione fra le linee produce lo stesso effetto della rappresentazione* (Chabot, su l'art. 742, n. 2; Toullier. t. II, n. 494).

Ed in vero ne è molto mestieri!

L'unico effetto della divisione fra le due linee si è, giova ripeterlo, produrre, sotto alcuni rapporti, due distinte successioni, in ciascuna delle quali le regole delle chiamate ereditarie vengono distributivamente applicate. Indubitatamente notevolissimo è cotesto

effetto; ma non confondesi menomamente con l'effetto della rappresentazione.

Eccone tre pruove:

La prima si è che, in ciascuna delle due linee, l'ascendente più prossimo esclude il più rimoto.

La seconda si è che, se ci sieno più ascendenti nello stesso grado in una linea, dividono per capi e non per istirpi, e senza esservi giammai luogo a veruna suddivisione fra' diversi rami della stessa linea;

Finalmente la terza si è che gli ascendenti, succedendo sempre di propria ragione, son tenuti di conferire ciò che è stato donato ad essi medesimi dal defunto, e non mai ciò che avesse potuto donarsi ad un ascendente di grado più prossimo; mentre diversamente avverrebbe, come in prosieguo dimostreremo, se l'ascendente più rimoto succedesse per rappresentazione dell' ascendente più prossimo (art. 848—767; confr. Guy-Coquille su l'art. 12 del tit. *delle Successioni* della cous. del Nivernese; Demante, t. III. n. 48 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier, e Roustaing, t. III, n. 464.)

424.—C. Da ultimo rimane l'ordine de' parenti collaterali; e relativamente ad essi l'art. 742—663 dispone:

« Nella linea trasversale, la rappresenta-« zione è ammessa in favore de' figli e discen-« denti da' fratelli o dalle sorelle del defunto, « sia che essi concorrano alla successione coi « loro zii e zie, sia che essendo premorti tutti « i fratelli e le sorelle del defunto, la succes-« sione ritrovisi devoluta a' loro discendenti « in gradi eguali o ineguali. »

Gli autori del Codice Napoleone hanno quindi adottato un termine medio fra il sistema della Novella 118 e di parecchie delle nostre antiche consuetudini, le quali avevano circoscritto, in limiti troppo angusti, la rappresentazione in linea collaterale, ed il sistema di alcune altre consuetudini e della legge del 17 nevoso anno II, le quali l'avevano per contrario smisuratamente estesa (confr. *supra*, n. 352 e 357).

425. — E primieramente il nostro Codice non ammette la rappresentazione *sino all'infinito*, val dire in tutti i gradi di parentela della linea collaterale, come aveva praticato la legge del 17 nevoso (art. 77.)

Di fatti è manifesto che la presunzione di affetto la quale comprende del pari tutti i gradi della linea discendentale, si indebolisce e sparisce nella linea collaterale, a misura che i gradi si multiplicano ed allontanano; ed al certo non potrebbesi affermare che il figlio di un cugino occupa, nelle affezioni del cugino superstite, il posto del suo autore (confr. Fenet, t. XII, p. 20).

Le speranze di ereditaria trasmissione sono conseguentemente altresì, ne' gradi rimoti della linea collaterale, molto più incerte; e la premorienza di un presuntivo erede non delude allora alcuna speranza sufficientemente fondata per aver potuto sembrare necessaria la rappresentazione.

Finalmente soggiugniamo gl' inconvenienti ed i pericoli già additati di tal sistema di rappresentazione all'infinito nella linea collaterale il quale, dividendo la successione in moltiplici rami, sospingeva ad un frazionamento interminabile delle proprietà, e diveniva inesauribile sorgente di difficoltà e di giudizi (*supra*, n. 358).

426.—Ma, d'altro lato, il nostro Codice non circoscrive, come avevan praticato la Novella 118 e parecchie delle nostre consuetudini francesi, la rappresentazione a' nipoti del *de cujus*, cioè a' figli ed alle figlie de' suoi fratelli o delle sue sorelle premorti: per contrario la estende a tutti i *figli e discendenti* da' fratelli o sorelle del defunto, non solo dunque a' suoi nipoti, ma eziandio a' suoi pronipoti, e così successivamente (art. 742—663).

E senza dubbio con moltissimo fondamento! « Non è forse, diceva Berlier, rispetto ad un uomo senza prole, la immagine della primitiva famiglia, ed il quadro vivente che rammenta tutti i suoi fratelli? » (Fenet, t. XII, p. 20).

427.—E non è questo il solo mutamento, e, per meglio dire, l'unico miglioramento introdotto dall'art. 742 nella subbietta materia.

Un tempo, in conformità della Novella 118, osservata in parecchie delle nostre province, la rappresentazione limitata, come abbiamo accennato, a' *nipoti* del *de cujus*, veniva ammessa, eziandio in questo limite, per taluni casi determinati, cioè:

1.° Per far succedere i nipoti in concorso co' fratelli o sorelle del *de cujus*, loro zii o zie;

2.° Per far succedere i nipoti nati da un fratello o da una sorella germani, ad esclusione d' un fratello o d' una sorella d' un sol lato, uterini o consanguinei;

3.° Infine, per far succedere i nipoti ad esclusione degli zii o zie del *de cujus*. Ed ancora è uopo osservare, su questo ultimo punto, che era oltremodo controverso, e che eziandio più consuetudini, attenendosi rigorosamente

alla regola non esservi luogo alla rappresentazione a pro de'nipoti, quando il defunto aveva lasciato fratelli e sorelle, positivamente dichiaravano che *lo zio ed il nipote del defunto succedono del pari, come se si trovassero nel medesimo grado*; e *senza esservi rappresentazione nel predetto caso*. Tale era la stessa disposizione delle consuetudini di Parigi (art. 339), e di Orléans (art. 330) Confr. Pothier, *delle Success.* cap. II, sez. III, art. 1. § 1; Lebrun, *delle Success.*, lib. III, cap. V, sez. III n. 5, 9).

E, tranne queste ipotesi, la rappresentazione non aveva luogo, eziandio rispetto a' nipoti del defunto, ad obbietto di stabilire tra essi la divisione per istirpi: veniva ammessa sol quando bisognava loro, per succedere, sia soli, sia in concorso con altri, ascendere ad un grado più prossimo del proprio. Diversamente, e se i nipoti si trovassero fra essi in egual grado, la divisione aveva luogo per capi, ancorchè nati, in vario numero, da più fratelli o sorelle del *de cujus*.

Almeno tal era il sentimento più generale, insegnato da Pothier e Lebrun, in mezzo a lunghe e vive controversie destate da cotesto subbietto (confr. Rousseau de La Combe, v. *Rappresent.*, n. 4; Guiné *della rappresentazione*, p. 169; Merlin, *Rep.*, v. *Rappresent.*, sez. I, § 3, n. 3).

Rinviensi pure la traccia di tali controversie nell'art. 26 del progetto, il quale dichiarava che la rappresentazione viene ammessa in linea collaterale, *se il defunto, lasci fratelli o sorelle, e nipoti* (Fenet, t. XII, p. 17).

Ma, nella discussione, riconobbesi che la rappresentazione, relativamente a' nipoti, non doveva andare subordinata alla condizione che il defunto lascerebbe fratelli o sorelle: dunque la primitiva redazione venne mutata; ed il nostro art. 742 ebbe precisamente in mira di rimuovere ogni specie di dubbio su questo punto, dichiarando che la rappresentazione è ammessa, a pro de' figli e discendenti da' fratelli e sorelle del defunto.

Sia che essi concorrano alla successione co' loro zii o zie;

Sia che, essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione ritrovisi devoluta a' loro discendenti in gradi eguali o ineguali (agg. art. 740, 743—661, 665; e *supra*, n. 418).

428.—Ben si comprende altresì che presentemente non ammettiamo più veruna differenza tra' fratelli e sorelle germani ed i fratelli e sorelle uterini o consanguinei. L'articolo 742 ammette, senza veruna distizione, la rappresentazione a pro de' figli e discendenti *da' fratelli o sorelle del defunto* (Confr. Nov. 118; Chabot, su l'art. 742, n. 6; agg. art. 751, 752.)

Se non che, applicherassi a' figlie discendenti che succedono per rappresentazione de' fratelli o sorelle, la regola fermata nell'art. 733, cioè che i germani prendono parte nelle due linee, ed i parenti uterini o consanguinei nella sola linea cui appartengono.

§ 3.

Quali sieno gli effetti della rappresentazione.

SOMMARIO.

429.—La rappresentazione ha due effetti.

430.—A. Il rappresentante ascende al grado del rappresentato.

431.—La stessa persona può rappresentarne parecchie, val dire ascendere così a più gradi.

432.—B. La rappresentazione fa conseguire a' rappresentanti i diritti del rappresentato.

433.—I rappresentanti non possono conseguire diritti maggiori di quelli del rappresentato. — Di qui sorgono due conseguenze:

434.—1°. In tutti i casi in cui la rappresentazione venga ammessa, la divisione ha luogo per istirpi.

435.—Continuazione.

436.—Continuazione.—Il nostro Codice non ha ammesso la rappresentazione ad obbietto di dividere.

437.—2°. I rappresentanti son tenuti, verso la successione, alle stesse obbligazioni cui il medesimo rappresentato sarebbe stato tenuto nella sua qualità di erede, se fosse sopravvissuto. — Esempio. — Rimando.

438.—I rappresentanti, i quali non possono mai avere diritti maggiori di quelli del rappresentato, possono forse talvolta averne meno?

429.—La rappresentazione ha due effetti:

A. Di far entrare il rappresentante nel grado del rappresentato;

B. Di attribuirgli i suoi diritti; dalle quali cose emerge, come ravviseremo, la divisione per istirpi fra' rappresentanti.

430.—A. E primieramente il rappresentante ascende al grado del rappresentato.

Abbiamo già osservato che la rappresentazione, sotto questo punto di veduta, è una cecezione alla regola, a norma di cui il più prossimo parente succede ad esclusione del più remoto (confr. *supra*. n. 354; art. 734 e 741—662).

A norma dell'art. 739—660, l'effetto della rappresentazione si è il far entrare i rappresentanti *nel luogo, nel grado*. . . del rappresentato.

Luogo e *grado* formano un pleonasmo; dappoichè è manifesto che il rappresentante può occupare il luogo del rappresentato solo ascendendo al suo grado, e viceversa. Laonde il diritto romano circoscrivevasi alla seguente formola: *Placuit nepotes in parentis sui* locum *succedere* (Inst. § 2, *De haeredit. quae ab intest. defer.*; Novella 118, cap. I e III).

431.—Già osservammo che la stessa persona poteva rappresentarne più, val dire ascendere successivamente più gradi, sotto la sola condizione che la rappresentazione fosse immediata e non si facesse *per saltum* (*supra*, n. 406).

432.—B. In secondo luogo, abbiam detto, la rappresentazione fa entrare i rappresentanti ne' diritti del rappresentato (art. 739).

Forse ne' diritti da esso conseguiti? no ad evidenza! sì bene ne'diritti che avrebbe conseguiti, se non fosse premorto, oppure ne' diritti che avrebbe potuto conseguire, anche quando avesse potuto esserne accidentalmente escluso per vizio relativo e personale (confr. *supra*, n. 407 e seg.).

Lo essenziale intendimento che ha inspirato la rappresentazione si è di fatti che i discendenti i quali succedono per rappresentazione conseguono tutti, *per modum unius*, gli stessi diritti che il loro stesso immediato autore avrebbe conseguiti, sia di propria ragione, sia per rappresentazione; per guisa da ultimo, che la intera discendenza dell' erede presuntivo premorto consegua collettivamente la porzione virile di questo erede, ed ottenga i medesimi diritti, *nè più, nè meno*.

433.— È cosa semplicissima che i rappresentanti non possano conseguire diritti maggiori di quelli del rappresentato (articolo 739).

E di qui discendono due corollarj:

1°. La divisione per istirpi fra' rappresentanti;

2°. L'obbligo de'rappresentanti di porre in collazione ciò che siasi donato dal *de cujus* al rappresentato.

434.—1°. In materia di successione rinvengonsi due specie di divisione:

La divisione per capi, *in capita*, la quale forma tante parti quante sono le persone, ed in cui ciascuno degli eredi consegue una porzione eguale e *virile*;

E la divisione per istirpi, *in stirpes*, la quale divide per contrario l'eredità in tante parti quante sono le stirpi; per modo che i membri della stessa stirpe conseguono collettivamente, *per modum unius*, la parte spettante alla stirpe che essi rappresentano.

Ciò premesso, l' art. 743—665 è così concepito:

« In tutti i casi in cui la rappresentazione « è ammessa, la divisione si fa per istirpi. Se « uno stesso stipite ha prodotto più rami, la « suddivisione si fa anche per istirpi in ciascun ramo, e fra' membri del medesimo ra« mo la divisione si fa per capi. »

Pel fin qui esposto torna evidente che la divisione per istirpi, *in stirpes*, è una conseguenza affatto razionale del sistema della rappresentazione; e ciò precisamente faceva dire a Lebrun che *rappresentazione e divisione per istirpi sono cose assolutamente reciproche* (lib. I, cap. VI, sez. IV, n. 4); del pari che Davot insegnava che *succedere per rappresentazione* o *succedere per istirpi sono due modi di parlare egualmente regolari* (Lib. III. tit. V, cap. XV. n. 51).

Laonde l' art. 743 dichiara che la divisione si fa per istirpi *in tutti i casi in cui la rappresentazione è ammessa* (agg. art. 745, 787—667, 704.

In tutti i casi, val dire, sia che i rappresentanti si trovino tra essi in *gradi ineguali*, sia che trovinsi in gradi eguali (confr. art. 740, 742—661, 663; e *supra*, n. 419).

435. — L' art. 743 soggiugne che se uno stesso stipite abbia prodotto più rami, la suddivisione si fa anche per istirpi in ciascun ramo.

E di fatti tale è pure la conseguenza affatto naturale della regola che i rappresentanti debbono tutti conseguire la stessa porzione cui lo stesso loro immediato autore avrebbe avuto diritto, sia di propria ragione, sia per rappresentazione (*supra*, n. 432).



Tre stirpi sono sorte da *Primo*, stirpe comune; cioè: quella di *Secondo*, quella di *Terzo* e quella di *Quarto*.

Terzo essendo morto senza prole nè ascendenti, la sua stirpe trovasi per lui estinta; e, nella sua parentela collaterale, rinvengonsi due stirpi chiamate a succedergli; cioè: quella di Secondo e quella di Quarto.

Ciascun di essi, se fosse sopravvissuto, avrebbe conseguito metà della eredità;

Or, i rappresentanti di ciascuna delle stirpi debbono tutti conseguire la porzione cui la stessa loro stirpe avrebbe avuto diritto;

Dunque tutti i rappresentanti di Secondo, da un lato, e tutti i rappresentanti di Quarto, d'altro lato, avranno diritto di una metà.

Dunque altresì, per effetto dello stesso principio, nella stirpe provegnente da *Quarto*, se *Quinto* e *Sesto* sieno premorti, Settimo ed Ottavo, da un lato, avranno diritto alla porzione che Quinto avrebbe conseguita nella suddivisione della metà fra Sesto e lui; del pari cho *Nono*, *Decimo* ed *Undecimo* avranno pur diritto alla sola porzione spettante in tal suddivisione a Sesto, da essi immediatamente rappresentato.

436.—Ma se la divisione si fa per istirpi *in tutti i casi in cui la rappresentazione è ammessa* (art. 743), è nopo aggiugnere farsi così in questi soli casi.

Non pertanto Pothier insegnava la opposta dottrina; e distingueva due specie di rappresentazione:

Una *ad obbietto di succedere*;

L'altra *ad obbietto di dividere*, e la quale produceva precisamente la conseguenza d'introdurre la divisione per istirpi ne'casi in cui la rappresentazione non veniva ammessa (*delle Success.*, cap. II, sez. I, art. 1, § 4, ed Introd. al tit. XVII della cons. di Orléans, n. 23; agg. Lebrun, lib. I, cap. IV, sez. VI, dist. 1, n, 44 e 28).

« In conseguenza di questa specie di rappresentazione, diceva Pothier, se il defunto abbia lasciato due figli, i quali entrambi abbiano rinunziato alla sua eredità, e sienvi un nipote nato da uno di questi figliuoli, o tre dall'altro i quali gli succedono, comunque nel loro grado di nipoti, non potendo occupare il grado della loro stirpe, il quale non è vacante, nulladimeno dividono per istirpi; ed il figliuolo di una delle stirpi conseguirà tanto quanto conseguiranno gli altri tre » (*loc. supra cit.*)

Ma già osservammo (*supra*, n. 402) che questa specie di rappresentazione ad obbietto di dividere, ed introdotta nel nostro antico diritto per temperare ed attenuare in parte i risultamenti della regola, la quale non permetteva rappresentare le persone viventi, non venne mantenuta dal novello legislatore, e tornerebbe ad evidenza impossibile lo ammettere oggidì il sistema di Pothier.

L'art. 739 forma una sola specie di rappresentazione col duplice ed indivisibile effetto di far entrare i rappresentanti *nel luogo*, *nel grado* e ne' diritti del rappresentato;

Or, nella ipotesi addotta da Pothier, i nipoti non possono entrare nel luogo nè nel grado de' loro autori viventi;

Dunque non evvi luogo a rappresentazione; dunque succedono *di propria ragione*; e, se succedono di propria ragione, la divisione non può farsi altrimenti che per capi.

Laonde l'art. 787—704 forma testualmente tal deduzione della nostra regola nel seguente modo:

« Non si succede giammai rappresentando « un erede che ha rinunciato: se il rinunciante « è il solo erede nel suo grado, o *se tutti i « coeredi rinunciano, subentrano i figli per di- « ritto proprio e succedono per capi.* » (Confr. *infra*, n. 445; Demante, t. III, n. 49 *bis*; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 468).

437.—2.° Abbiam detto, in secondo luogo (*supra*, n. 433), che i rappresentanti dovendo avere gli stessi diritti del rappresentato, ne conseguitava essere tenuti rispetto alla eredità, alle stesse obbligazioni cui il rappresentato medesimo sarebbe stato tenuto nella sua qualità di erede, se fosse sopravvissuto.

E di qui surse l' art. 848—767, che ci faremo a comentare a suo luogo nella materia delle collazioni; ed il quale dispone:

« Similmente, il figlio succedendo per ragione propria al donante, non è tenuto a conferire le cose donate al di lui padre, ancorchè avesse accettato l' eredità di questo; *ma se il figlio succede per diritto di rappresentazione, deve conferire quello che fu donato al padre, anche nel caso in cui avesse ripudiata la sua eredità.* »

438.—I rappresentanti, i quali non possono mai avere *maggiori* diritti del rappresentato, possono forse talvolta averne *meno*?

È questa, per valermi della espressione di Pothier, una tesi un tempo *celebre*, cioè se i rappresentanti succedessero nelle prerogative personali del rappresentato; e principalmente agitavasi su la quistione se la rappresenta-

zione potesse attribuire alle figlinole del primogenito premorto l'anteparte di primogenitura che avrebbe conseguita il padre loro da esso rappresentato.

Le consuetudini erano, su tal punto, oltremodo difformi le une dalle altre: a norma di alcune, come quelle di Reims e di Laon, la figliuola non rappresentava, come dice Guiné, *la mascolinità del padre;* mentre le altre per contrario, come quelle di Parigi ed Orléans, ammettevano le figliuole del primogenito a rappresentare il padre loro nel diritto di primogenitura (confr. Guiné, *della Rappres.*, p. 4-5; Pothier, *delle Success.*, cap. II, sez. 1, art. 1, § 3; Lebrun, lib. II, cap. I, sez. I. n. 17).

Non sussistendo più ora il diritto di primogenitura (art. 745 — 667), tal quistione non può sorgere; ed ora neppur potrebbesi muovere intorno a' maggiorati, del pari aboliti, ed i quali altronde venivano regolati da una legislazione affatto speciale (confr. senato-consulto del 14 agosto 1806, art. 5; decreto del 1°. marzo 1808, art. 35; legge del 12 maggio 1835; legge del 7 maggio 1849; Toullier, t. II, n. 489).

Dunque in generale, sotto l'impero del Codice, puossi affermare che i rappresentanti hanno gli stessi diritti de' rappresentati.

SEZIONE III.

Delle successioni che si deferiscono a' discendenti.

SOMMARIO.

439.—Passaggio.
440 —Articolo 445.—Esposizione.
441.—A. La preferenza viene conceduta a' figli e discendenti su tutti gli altri parenti ascendenti o collaterali.
442. — Ben si comprende trattarsi qui de' figli legittimi, legittimati o adottivi.
443.—B. Tutti i figli o discendenti dallo stesso autore vengono chiamati del pari alla sua successione.—I privilegj e le ineguaglianze, emergenti un tempo dal sesso, dalla primogenitura e dalla distinzione de' letti, vennero aboliti.
444.—Continuazione.
445.—Della chiamata ereditaria de' discendenti, e del modo di divisione della eredità ad essi devoluta.

439.—La esposizione per voi fatta del sistema generale del nostro Codice in materia di successione intestata agevolerà e raccorcerà di molto l'applicazione da farne a' diversi ordini di eredi da esso chiamati.

440.—Relativamente alle successioni deferite a' discendenti, l'art. 745 — 667 è così concepito:

« I figli o i loro discendenti succedono al « padre ed alla madre, agli avi, ed alle avole « od altri ascendenti senza distinzione di ses- « so, nè di primogenitura, ed ancorchè essi « sieno procreati da differenti matrimonj.

« Essi succedono in eguali porzioni e per « capi, quando sono tutti nel primo grado o « chiamati per proprio diritto: succedono per « istirpi, quando vengono o tutti od alcuni « di essi per rappresentazione. »

Ben si ravvisa racchiudere questo articolo due principali disposizioni:

A. Con la prima, proclama la preferenza de' discendenti su gli ascendenti e su' collaterali;

B. Con la seconda, determina il modo onde i discendenti succedono tra essi.

441.—A. In certa guisa la stessa natura deferisce la successione a' discendenti del defunto, ad esclusione di tutti gli altri parenti. *Cum prima causa sit suorum haeredum...* diceva Giustiniano (§ 11, Inst., *de grad. cognat.*)

Ed eziandio appo noi è massima antichissima: « finchè il tronco ha rami, non si biforca. »

Dunque all' ordine medesimo de' discendenti viene conceduta la preferenza su gli altri ordini, a prescindere dalla regola della prossimità del grado, la quale si osserva, come dicemmo, solo fra parenti appartenenti allo stesso ordine (*supra*, n. 348).

442.—Ben si comprende trattarsi qui dei figliuoli i quali sien tali, non solo *secondo la natura*, ma eziandio *secondo la legge*, come affermava Lebrun (lib. I, cap. IV, sez. II); ed abbiamo già osservato che ci occupiamo di fatti, in questa parte, delle successioni regolari, e conseguentemente de' figli legittimi (*supra*, n. 345).

Del rimanento è uopo assimigliare a' figli legittimi i figliuoli legittimati, relativamente alle successioni aperte dopo il matrimonio de' lor genitori; ed i figli adottivi relativamente alla successione dell' adottante (confr. art. 333, 350—255, 274; il nostro t. V, n. 367-368, ed il nostro t. VI, n. 153).

443.—B. Fra essi, i figli e discendenti vengon tutti parimente chiamati; e l'art. 745 rinnovella e sancisce viemaggiormente l'abrogazione dalle leggi intermedie già fermata di tre specie d' ineguaglianze o privilegj emergenti:

1° Dal sesso;

2° Dalla primogenitura;

3° Dalla distinzione de' letti (confr. *supra*, n. 348).

1°. Il privilegio di mascolinità era una delle regole del nostro antico diritto consuetudinario. In Normandia le *femmine* non potevano succedere ne' beni proprj, laddove vi fossero *maschi* (art. 249); e circa la successione ne'mobili ed acquisti, veniva pur deferita a'figli maschi, con l'obbligo soltanto da parte loro di constituire una dote alle loro sorelle, quando non fossero state dotate *da' loro antecessori* mentre vivevano (art. 250, 252, 253). Anzi alcune consuetudini, come quella di Alvergna, escludevano da ogni successione le figliuole le quali non avessero ricevuto alcuna dote nuziale (confr. Merlin, v. *Beni proprj*, n. 3).

2°. In forza del privilegio di primogenitura alcune consuetudini, come quella di Ponthieu, attribuivano la intera eredità al primogenito, con l' obbligo da parte sua di darne una determinata porzione a' secondogeniti: altre, in maggior numero, come quelle di Parigi e di Orléans, le quali chiamavano tutti i figliuoli a succedere, attribuivano nulladimeno al primogenito vantaggi, *anteparti*, più o meno considerevoli (confr. Pothier, *Delle Success.*, cap. II, sez. 1).

3°. Finalmente dalla distinzione de' letti, ammessa in più consuetudini, risultava che i figli d'un primo letto succedevano soli ne'beni immobili acquistati dal loro autore durante *il suo primo matrimonio e vedovanza susseguente*, ad esclusione de' figliuoli che aveva avuti da un susseguente matrimonio (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Devoluzione consuetudinaria*, § 2; arresto Corte cass. 9 maggio 1842, Hecker, Dev. 1842, 1, 669).

Potrebbesi aggiugnere che in forza dell' editto delle seconde nozze (di luglio 1560), il coniuge vedovo il quale si rimaritasse era tenuto riservare *a' figliuoli comuni* di lui e del coniuge premorto i beni che aveva ricevuti da costui a titolo di liberalità: la qual cosa costituiva ancora, nella successione del comune autore, una preferenza che avevano i figli del primo letto su'figli del secondo letto. Ma era questa una sostituzione fedecommessaria, e non una successione intestata (confr. Pothier, *del Contratto di matrimonio*, numeri 604, 613 e seg.)

Tutte queste distinzioni e queste ineguaglianze sono oggidì sparite; e tutti i figliuoli e discendenti dello stesso autore, figli o figliuole, primogeniti o secondogeniti, dello stesso e di diversi letti, vengono chiamati del pari alla successione.

444.—Nel 1826 s'imprese a ristabilire, almeno in parte, i diritti di primogenitura e di mascolinità.

Il governo di quell' epoca propose alle camere legislative un progetto a norma di cui la porzione di beni disponibile dovrebbe formare, di pieno diritto, un'anteparte a pro del figliuolo primogenito, quante volte il *de cujus* non avesse espresso una opposta volontà. Il progetto propose simultaneamente ampliare la sfera delle sostituzioni permesse dal Codice Napoleone.

La prima parte di questo progetto, la quale offendeva questo principio di eguaglianza, oggidì cotanto profondo nelle francesi costumanze, venne compiutamente eliminata.

La seconda parte, che era stata ammessa e formava la legge del 17 maggio 1826, venne pure abrogata dappoi con la legge del dì 11 maggio 1849.

Ci tacciamo intorno a' maioraschi, il cui stabilimento si appartiene più al diritto pubblico che al diritto privato, ed i quali andavano di fatti regolati non dalla legge generale delle successioni, ma dalle leggi particolari (confr. art. 896; Codice Napoleone; senato-consulto del 14 agosto 1806, art. 5; decreto del 1.° marzo 1808, art. 25).

Del resto abbiamo già avvertito che la facoltà di stabilire maioraschi venne parimente tolta via con le leggi de' 12 maggio 1836 e 7 maggio 1849 (*supra*, n. 438).

445. —Relativamente alla chiamata ereditaria de' discendenti ed al modo di divisione della eredità lor devoluta, nulla evvi di più semplice.

La prossimità del grado ferma la chiamata ereditaria; la prossimità *reale* o *fittizia*, secondo che essi medesimi occupino il grado più prossimo, o l' occupino per rappresentazione.

Conseguentemente succedono forse tutti di propria ragione? la divisione debbe seguire per capi.

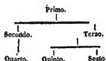
Succedono forse tutti o in parte per rappresentazione? la divisione debbe seguire per istirpi.

Nulladimeno l' art. 745 parrebbe rendere la nostra prima proposizione alquanto dubbia, dichiarando che i discendenti succedono in eguali porzioni e per capi, *quando son tutti nel primo grado o chiamati per proprio diritto*.

Di fatti da cotesta formola, letteralmente

intesa, risulterebbe non esser sufficiente, per dover la divisione seguire per capi, che tutti i discendenti venissero chiamati *di propria ragione,* ma essere inoltre necessario che fossero tutti altresì *nel primo grado.*

Ma conviene non fermarsi a questo primo cenno:



Primo muore; *Secondo* e *Terzo*, i quali sopravvivano al padre loro, rinunziano o vengono dichiarati indegni.

L'eredità dovrà forse dividersi per capi, val dire per metà fra Quarto da un lato, e Quinto e Sesto d'altro lato; ovvero, al contrario, per capi, e conseguentemente, per terzi, fra' tre nipoti del defunto?

Ebbene! è indubitato che la divisione debba aver luogo per terzi:

1.° Perchè l'art. 745 positivamente dichiara che la divisione ha luogo per istirpi, *quando vengono* o *tutti* o *alcuni di essi per rappresentazione,* e che non v'è alcuno il quale possa invocar qui la rappresentazione;

2.° Perchè l'art. 787—704 dichiara, anche in modo più esplicito, che se tutti gli eredi in primo grado rinunziino, *subentrano i figli per diritto proprio e succedono per capi;*

3.° Perchè quindi le espressioni adoperale nel secondo comma dell'art. 745, *quando sono tutti nel primo grado*, debbono ad evidenza intendersi come sinonime delle altre *quando sono tutti nel grado più prossimo*, nel *primo* grado, nel senso trovarsi devoluta la successione al grado medesimo;

4.° Perchè finalmente la divisione per istirpi, in simil caso, non sarebbe altro che l'antica rappresentazione *ad obbietto di dividere,* dal nostro Codice non più ammessa (confr. *supra,* n. 436; Demante, t. III, n. 52 *bis*, IV; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing t. III, n. 475; Marcadé, art. 745, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 496).

SEZIONI IV e V.

Delle successioni deferite agli ascendenti, e delle successioni de' collaterali.

SOMMARIO.

446.—Esposizione.
447.—Continuazione.
448.—Divisione.

446.—Crediamo dover congiugnere le sezioni IV e V del nostro capitolo III; dappoichè è malagevole il trattare separamente della chiamata ereditaria degli ascendenti e di quella de' collaterali.

Di fatti nell'ordine de' collaterali rinvengonsi alcuni parenti privilegiati, i fratelli e le sorelle del defunto, o i loro discendenti, i quali concorrono co' genitori ed escludono gli ascendenti da un grado superiore; per modo che questi due ordini di parenti, gli ascendenti ed i collaterali, trovansi quindi in concorso in taluni casi. Laonde il nostro Codice, per averne voluto trattare in guisa affatto distinta, ha dovuto riprodurre, nella sezione V, quasi letteralmente le stesse disposizioni già fermate nella sezione IV (confr, art. 748-749 e 750-751—671 e 672).

447.—D'altro lato evvi, a pro di alcuni ascendenti donanti, una successione affatto speciale alle cose da essi donate a' loro figli o discendenti morti senza prole (art. 747—670); e la importanza di questa specie di successione ci sembra meritare doverserne separatamente ragionare dopo avere compiutamente esposto le chiamate ereditarie in conformità del diritto comune; la quale esposizione potrebbe venire sovvertita alquanto dallo ascendente donante.

448.—Conseguentemente, e per tener dietro nelle sezioni IV e V, alla divisione che ci pare più conveniente, disamineremo:

1.° Le successioni deferite a' fratelli e sorelle e loro discendenti, sia che il defunto abbia lasciato i suoi genitori, sia che non abbiali lasciati;

2.° Le successioni deferite agli ascendenti;

3.° Le successioni deferite a' collaterali diversi da' fratelli e sorelle e loro discendenti;

4.° La successione degli ascendenti donanti nelle cose da essi donate a' loro figli o discendenti.

ARTICOLO I.

Delle successioni deferite a' fratelli e sorelle o loro discendenti, sia che il defunto abbia lasciato i suoi genitori, sia che non abbiali lasciati.

SOMMARIO.

449.—È uopo distinguere due ipotesi.
450.—A. La prima ipotesi è quella in cui i genitori del defunto, o uno di essi, gli sieno sopravvissuti.
451.—Continuazione. I genitori vengono chiamati non collettivamente alla metà della totale successione, ma ciascuno separatamente per un quarto.—Conseguenze.

452.—I discendenti da fratelli e sorelle abbisognano forse del soccorso della rappresentazione per concorrere coi genitori?

453.—Il diritto conceduto a' fratelli e sorelle o loro discendenti compete a' fratelli e sorelle, o nipoti, eziandio di un lato solo.—Conseguenze.

454.—B. La seconda ipotesi è quella in cui i genitori del *de cujus* sieno entrambi premorti.

455.—Il diritto di escludere tutti gli ascendenti diversi dai genitori, e tutti i collaterali di entrambe le linee appartiene forse a' fratelli e sorelle e nipoti di un solo lato?

456.—I nipoti succedono altresì, in questa qualità, ad esclusione di ogni altro parente di entrambe le linee.

457.—Della divisione della eredità devoluta a' fratelli e sorelle o loro discendenti.

458.—Continuazione.

449.—Per conoscere come i fratelli e sorelle o loro discendenti sieno chiamati a succedere, è mestieri distinguere due ipotesi:

A. Quella in cui i genitori del defunto, ovvero un di essi, gli sieno sopravvissuti;

B. Quella in cui i suoi genitori sieno premorti.

450. — A. Tre articoli regolano la prima ipotesi:

Articolo 748—674 « Quando il padre e la « madre sono sopravvissuti alla persona mor« ta senza prole, se questa ha lasciato fratel« li, o sorelle, o loro discendenti, l'eredità si « divide in due porzioni eguali, di cui soltan« to una metà si deferisce al padre e alla ma« dre, che la dividono tra loro egualmente;

« L'altra metà appartiene a' fratelli, sorelle « o loro discendenti, come verrà spiegato nel« la sezione quinta del presente capo. »

Articolo 749. « Nel caso in cui la persona « morta senza prole abbia lasciato fratelli,so« relle o loro discendenti, se è premorto il « padre, o la madre, la porzione che gli sareb« be stata devoluta in conformità del prece« dente articolo, si riunisce alla metà deferi« ta a' fratelli, sorelle o loro rappresentanti, « come sarà spiegato nella seguente sezione.»

Articolo 751. « Se il padre o la madre del« la persona morta senza prole sono soprav« vissuti, i suoi fratelli, sorelle o loro rappre« sentanti non sono chiamati che alla metà « dell' eredità. Se è sopravvissuto soltanto il « padre o la madre, sono chiamati a conseguir« ne i tre quarti. »

Quindi entrambi i genitori sono forse sopravvissuti? ciascun di essi consegue un quarto della eredità.

Un di essi è premorto ? il superstite consegue similmente un quarto;

Senza alcun riguardo, in ambedue i casi, al numero maggiore o minore de' fratelli o sorelle o loro discendenti, i quali conseguano sempre, sia qualunque il loro numero, la metà o i tre quarti, nè più nè meno, secondo che concorrono co' genitori, o con un solo di essi.

451.—Abbiam detto che quando i genitori sieno entrambi sopravvissuti, ciascuno consegue un quarto.

Il testo de' su riportati articoli parrebbe, a primo aspetto, esprimere una diversa idea. Di fatti, l'art. 748 dichiara che in tal caso *l'eredità si divide in due porzioni eguali, di cui soltanto una metà... si deferisce al padre e alla madre;* e l'art. 751 soggiunge che i *fratelli, sorelle o loro rappresentanti non sono chiamati che alla metà della eredità.*

Volendosi tener dietro a cotesta formola, potrebbesi credere che la legge faccia qui una specie di *divisione* della eredità in due porzioni eguali, di cui una verrebbe attribuita collettivamente a' genitori, del pari che l' altra viene collettivamente attribuita a' fratelli e sorelle, o loro discendenti, qualunque sia il loro numero.

Dalle quali cose conseguiterebbe:

1.° Che la parte del padre rinunziante o indegno accrescerebbesi alla madre, e reciprocamente;

2.° Che vi sarebbe luogo ad una prima divisione della eredità totale in due quote, di cui una verrebbe attribuita a sorte a' genitori, e l'altra a' fratelli e sorelle o loro discendenti; salvo di poi, da ambedue le parti, la suddivisione o la vendita allo incanto di ciascuna delle quote medesime, sia fra' genitori, sia tra' fratelli e sorelle o loro discendenti, come accade in una divisione per istirpi, quando una delle stirpi trovisi composta di più rami (art. 743—665).

Ma cotesta dottrina sarebbe affatto mal fondata; ed ad onta della formola, poco esatta, è vero, degli art. 748 e 751, conviene essere ben lontano dal credere esservi qui qualche cosa simigliante alla divisione, onde l'art. 733 attribuisca la metà della eredità alla linea paterna e l' altra metà alla linea materna. Per l' opposto abbiamo osservato che la ipotesi in disamina vi constituisce una positiva eccezione (*supra*, n. 368),

Il vero si è che il Codice attribuisce a ciascuno de' genitori, per porzione fissa ed invariabile, il quarto della eredità, e non collettivamente ed in certa guisa solidalmente, la metà ad entrambi. La pruova si è che se uno di

essi sia premorto, l'altro consegue sempre il quarto (art. 749, 751).

Laonde è da risguardare indubitato:

1.° Che, in caso di rinunzia o indegnità di uno di essi, sia del padre, sia della madre, l'altro avrebbe sempre diritto ad un quarto: avvegnachè l'erede rinunziante reputasi non essere stato mai erede (art. 785—702). È a dire lo stesso circa l'erede escluso come indegno, appena dichiarata la sua indegnità. Di fatti, torna impossibile che la rinunzia o la indegnità di uno di essi produca, a pro dell'altro, un accrescimento che la premorienza non avrebbe prodotto;

2.° Che i genitori non possono dimandare, del pari che i fratelli e sorelle o loro discendenti non possono astringerli ad una prima divisione generale della totale eredità in due quote. Almeno è questa una quistione indipendente dal modo della loro chiamata ereditaria, sotto il punto di veduta in cui la disamíniamo qui, e la quale rannodasi ad una tesi più generale che appresso ci faremo ad esaminare (su l'art. 831; confr. Zachariae, Aubry e Rau t. IV, p. 199; Demante, t. III, n. 61 *bis*, 1 e 11; Decanrroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 490).

452. — In tutto ciò che precede abbiam sempre posto i discendenti da' fratelli e sorelle allo stesso livello de' fratelli e sorelle medesimi, senza distinguere se potessero o pur no invocare il beneficio della rappresentazione.

Di fatti, i discendenti da' fratelli e sorelle, nipoti, pronipoti, prozii, ec., del *de cujus*, vengono chiamati nella loro stessa qualità, a prescindere dalla prossimità del grado ed in conseguenza della rappresentazione, ad esercitare la duplice prerogativa competente a' fratelli e sorelle: 1.° di concorrere coi genitori; 2.° di escludere gli ascendenti di un grado superiore e tutti gli altri collaterali.

La pruova ne discende, sia da' testi medesimi, sia da' principî, di cui questi testi formano la manifestazione:

1.° L'art. 748, il quale chiama i discendenti da' fratelli e sorelle a concorrere co' genitori, non subordina menomamente tal chiamata al benefizio della rappresentazione: esso per contrario adopera, e per due volte, assolute espressioni, le quali mirano unicamente alla loro qualità stessa di *discendenti da fratelli e sorelle*. Avviene così della prima e principale disposizione dell' art. 749 o di quella dell' art. 750. Anzi! questo ultimo articolo, dopo aver dichiarato che i fratelli, sorelle o *loro discendenti*, vengono chiamati, ec., soggiunge che *succedono*, o *per proprio diritto*, o *per quello di rappresentazione*. Dalle quali disposizioni di fatti conseguita che i discendenti da fratelli e sorelle possono, succedendo *per proprio diritto*, concorrere co' genitori (o escludere, come ravviseremo altresì, tutti gli altri ascendenti o collaterali).

È ben vero che i vocaboli *rappresentazione*, *rappresentanti* rinvengonsi nella ultima disposizione dell' art. 750 e nell' art. 751.

Ma sarebbe questa in ultima analisi una improprietà; dappoichè è manifesto che quel vocabolo non trovasi qui adoperato in significazione tecnica e speciale, ed al contrario vi è sinonimo della espressione *discendenti da fratelli e sorelle*.

2.° Di fatti, ben si comprende non in forza della prossimità del grado i fratelli e sorelle medesimi concorrere coi genitori; avvegnachè i fratelli e sorelle trovansi a due gradi, mentre i genitori trovansi ad un grado: la stessa osservazione applicasi alla esclusione degli avi e delle avole per mezzo dei fratelli e sorelle, i quali trovansi nulladimeno, gli uni e gli altri, nel medesimo grado, ed i quali dovrebbero concorrere, se si osservasse la regola della prossimità dei gradi;

Or la prerogativa dei discendenti da fratelli e sorelle è, come la prerogativa dei fratelli e sorelle medesimi, poggiata su la loro qualità di discendenti da fratelli o sorelle, di nipoti, indipendente, per essi, come pei fratelli e sorelle, dalla prossimità del grado;

Dunque, debbe essere altresì necessariamente indipendente dalla rappresentazione, la quale è una eccezione alla regola che il più prossimo esclude il più rimoto; avvegnachè è manifesto non esservi luogo ad eccezione nel caso in cui la stessa regola non sussista.

3.° I nipoti, ec., formano in certa guisa, come insegnava Delvincourt, la *discendenza collaterale* dei loro zii e zie, *referunt speciem liberorum* (t. II, p. 18, nota 2); e come i discendenti del defunto, anche quando non possano valersi della rappresentazione, escludono tutti gli altri eredi, così del pari il legislatore ha voluto che i nipoti, pronipoti, ec., succedano, a questo titolo, a prescindere dalla rappresentazione, ai loro zii o zie, in concorso coi genitori e ad esclusione di ogni altro. È pur possibile che i compilatori abbiano inteso, mercè del vocabolo *rappresentanti* adoperato negli art. 749 e 751, esprimere

la idea che i discendenti dai fratelli e sorelle *rappresentano* sempre di fatti i fratelli e sorelle medesimi, da cui nacquero e con cui cotesta comunanza di origine li confonde ed identifica. Quindi il vocabolo *rappresentanti* rinviensi adoperato in questi due articoli in correlazione alla espressione *discendenti da fratelli e sorelle*, la quale il precede, sia nello stesso art. (749), sia nel precedente articolo (art. 750, 751). Forse pure, potrebbesi sostenere, con alquanta verosimiglianza, che i compilatori non ebbero, nello adoperare il vocabolo *rappresentanti*, altro intendimento tranne quello di ovviare ad una ripetizione e rendere alquanto vano il dettato.

Checchè ne sia, è un punto generalmente ammesso che i discendenti dai fratelli e sorelle possono concorrere coi genitori, a prescindere dal benefizio della rappresentazione, ed anche quando i fratelli e sorelle viventi avessero rinunziato o fossero indegni(confr. Toullier, t. II, n. 217, 218 e 222; Duranton, t. VI, n. 195, nota 2, e n. 248, 250, 252, nota 1; Demante, t. III, n. 66 *bis*; Chabot e Belost-Jolimont, art. 742, osserv. 1 e 2, ed art. 750, n. 5 e 6; Malpel, n. 144, 145; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 265).

453.—È importante rammentare che il diritto, il quale trovasi qui conceduto ai fratelli e sorelle o loro discendenti, di concorrere coi genitori, constituisce una eccezione al principio della divisione in due linee di ogni eredità spettata ad ascendenti o collaterali; dappoichè il diritto medesimo compete ai fratelli e sorelle e nipoti, anche quando appartenessero ad un solo lato (art. 733, 752).

Talchè può avvenire:

O che la eredità trovisi divisa inegualmente fra la linea paterna e la materna;

Ovvero che sia devoluta interamente ad una delle linee ad esclusione dell' altra.

A cagion di esempio, concorrono un fratello consanguineo e la madre: la linea paterna conseguirà tre quarti, e la linea materna un quarto soltanto.

E se, in vece della madre, suppongasi sopravvissuto il solo padre, la eredità dividerassi ad esclusione della linea materna, tra il fratello consanguineo ed il padre; la qual cosa allora fa compiutamente svanire l'antica massima: *paterna paternis, materna maternis*; dappoichè tutti i beni provenuti al defunto dai suoi parenti materni potranno passare ai suoi parenti paterni, e viceversa.

454.—B. Suppongasi ora che i genitori del *de cujus* sieno entrambi premorti.

Ecco come rinviensi determinata, per questa seconda ipotesi, la chiamata ereditaria dei fratelli e sorelle o loro discendenti:

Art. 750. « In caso di premorienza del padre e della madre di una persona che muoia senza prole, i suoi fratelli, sorelle « o loro discendenti sono chiamati alla successione, ad esclusione degli ascendenti e « degli altri collaterali.

« Succedono, o per proprio diritto, o per « quello di rappresentazione, come fu disposto nella sezione seconda del presente capo».

Laonde i fratelli e sorelle, o i loro discendenti formano, come più volte affermammo, un ordine privilegiato di collaterali, il quale non solo concorre coi genitori, ma, in loro mancanza, val dire in caso di premorienza, e ad evidenza altresì in caso di rinunzia o indegnità de' genitori (*supra*, n. 451) escludono tutti gli altri ascendenti e tutti gli altri collaterali (agg. art. 746 e 753—668 e 669).

455.—Si è preteso che tal diritto di escludere tutti gli ascendenti, diversi dai genitori, e tutti i collaterali di entrambe le linee, non appartenesse a' fratelli e sorelle di un solo lato, sia uterini, sia consanguinei.

A norma dell' art. 733, si è detto, ogni eredità spettata ad ascendenti o collaterali si divide per metà fra la linea paterna e la materna; ed i parenti uterini o consanguinei prendono parte soltanto nella loro linea, *a riserva*, soggiugne detto articolo, *di ciò che sarà dichiarato qui sotto* all' art. 752;

Or l' art. 752 fa escludere gli altri ascendenti ed i collaterali dell' altra linea dai fratelli e sorelle di un solo lato nella sola ipotesi in cui trovinsi in concorso coi genitori;

Dunque, tranne questa eccezione, la regola formata con l'art. 733 debbe riassumere il suo impero; ed i fratelli e sorelle di un solo lato debbono conseguentemente prender parte nella loro sola linea, quando trovinsi in concorso con altri ascendenti o collaterali.

Ma torna agevole dimostrare essere questa illazione manifestamente opposta, sia al testo medesimo della legge, sia al suo generale sistema:

1.° Con la final disposizione dell' art. 752 dichiarasi che se vi sieno fratelli o sorelle da un solo lato, succedano nella *totalità*, ad esclusione di qualunque altro parente dell' altra linea;

Or non potrebbero succedere *nella totalità*,

se si supponessero in concorso col padre o con la madre, dappoichè costoro conseguirebbero la metà o il quarto;

Dunque la final disposizione dell' art. 752 suppone, per contrario, che i genitori sieno premorti. Dunque questa seconda parte dell'art. 752 contempla una novella ipotesi, distinta dalla ipotesi contemplata nella prima parte.

2.° La final disposizione dell'art. 752 tornerebbe inoltre, in conformità della interpretazione da noi oppugnata, compiutamente inutile.

Di fatti, nella prima disposizione, l'art. 752 contempla il concorso de' genitori co' fratelli e sorelle di un solo lato; e determina il modo onde dovrà seguire la divisione della metà o de' tre quarti loro devoluti: *gli uterini ed i consanguinei* prendono parte *ciascuno soltanto nella propria linea;*

Or, se la seconda parte dell'articolo si riferisse eziandio alla ipotesi del concorso dei fratelli e sorelle uterini o consanguinei co' genitori, constituirebbe una ripetizione della prima parte, e nulla assolutamente vi aggiugnerebbe;

Dunque non potrebbesi ammettere simigliante interpretazione.

3.° Da ultimo, soggiugniamo che il legislatore il quale chiamava i fratelli e sorelle uterini o consanguinei a concorrere, del pari che i fratelli e sorelle germani, co' genitori, doveva pure, nel suo sistema, e per non essere inconseguente, chiamarli ad esclusione degli altri ascendenti e di tutti i collaterali dell'altra linea. Di fatti il fratello consanguineo, per esempio, in concorso con la madre, avrebbe dovuto conseguire la sola metà, se si fosse applicata la divisione fra le due linee tal quale l'ha fermata l'art. 733: or egli consegue i tre quarti: dunque tal divisione non è allora applicabile; e, per la stessa ragione che egli consegue i tre quarti avverso la madre, debbe conseguire la totalità avverso l'avo o avverso ogni altro collaterale. Laonde gli art. 746 e 753—668 e 669 suppongono indistintamente che i *fratelli* e *sorelle* o i loro *discendenti* vengano preferiti agli ascendenti diversi da' genitori e da' collaterali dell'altra linea (confr. decis. C. di Gand 14 ventoso anno XII, Starse, Sirey, 1804, II, 146; di Bruxelles 28 termidoro anno XII, de Staerke, Sirey, 1805, II, 20; di Nancy, 8 glaciale anno XIII, Quizin, Sirey, 1805, II, 39; di Bruxelles 18 maggio 1807, Borremars, Sirey, 1807, II, 300; arresto C. cass. 27 dic. 1809, Blanwart, Sirey, 1810, I, 102; Merlin, *Quist. di diritto*, v. *Success.* §. 14; Toullier, t. II, n. 221; Duranton, t. VI, n. 251; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 188; Demante, t. III, n. 67 *bis*, I; Malpel, n. 140; Poujol, su l'art. 750, n. 36; D. *rac. al*-*feb.*, v. *Success.* p. 305, 306.

456. — Ed ancorchè la final disposizione dell' art. 752 parli de' soli fratelli e sorelle, senza far menzione de' *loro discendenti*, pure conviene non esitare a sostenere che i nipoti, ec., succedano eziandio in questa qualità, ed indipendentemente dal benefizio della rappresentazione, ad esclusione di ogni altro parente dell'altra linea.

È questa la generale ed essenziale economia del nostro Codice nella subbietta materia (confr. art. 748, 749, e *supra*, n. 452); e non è da argomentare dal trovarsi la espressione *discendenti da fratelli e sorelle* preterita nella seconda parte dell' art. 752, per negarne loro l'applicazione, del pari che non potrebbesi argomentare da tale omissione nella prima parte, in cui trattasi similmente de' soli fratelli e sorelle, per pretendere (impossibil cosa!) che la divisione della metà o de' tre quarti devoluti a' discendenti da' fratelli e sorelle non dovrebbe seguire nella stessa guisa che se si fosse devoluta a' fratelli e sorelle medesimi (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 492).

457. — Ma se il principio della divisione della eredità fra le due linee torna inapplicabile nei rapporti de' fratelli, sorelle e discendenti da essi, sia riguardo a' genitori, avverso cui conseguono la metà o i tre *quarti*, sia riguardo agli altri ascendenti ed a' collaterali dell' altra linea, da essi interamente esclusi, il principio medesimo per contrario riassume tutto il suo impero, quando trattisi dividere, tra' fratelli e sorelle o loro discendenti, sia la porzione della eredità, la metà o i tre quarti, sia la totale eredità cui vengono chiamati.

E di fatti, l'art. 752 dispone all'obbietto:

« La divisione della metà o de' tre *quarti* « devoluti a' fratelli o sorelle a norma dell'ar- « ticolo precedente, si eseguisce tra loro in « eguali porzioni, quando derivano tutti dal « medesimo matrimonio; se provengono da « matrimoni diversi, la divisione si fa per metà « tra le due linee paterna o materna del de- « funto; i germani prendono parte nelle due « linee, e gli uterini ed i consanguinei cia- « scuno soltanto nella propria linea. Se non « vi sono fratelli o sorelle che da un lato,

« succedono nella totalità, ad esclusione di « qualunque altro parente dell' altra linea ».

La divisione fra le due linee della successione, devoluta tutta o in parte a fratelli e sorelle, o discendenti da essi, è una semplice conseguenza dell' art. 733; e non avremmo dovuto esitare ad applicarla compiutamente qui, col privilegio conseguentemente, pe' fratelli germani di prender parte nelle due linee, anche quando l'art. 752 non ne avesse specialmente fatto menzione; ma indubitatamente perchè, ne' precedenti articoli, erasi dipartito da questo principio, il legislatore avrà voluto, per antivenire ogni specie d' incertezza, positivamente dichiarare che la eccezione apportatavi non risguardava menomamente i rapporti dei fratelli e sorelle o de' loro discendenti gli uni rispetto agli altri.

458. — Diciamo fratelli e sorelle o de' *loro discendenti*: di fatti il principio della divisione fra le due linee applicasi agli uni come agli altri.

E di qui la conseguenza che i discendenti da un fratello o da una sorella da un lato solo, anche quando non potessero invocare il benefizio della rappresentazione, non verrebbero esclusi da un fratello o una sorella legata al defunto solo dall' altro lato; pochissimo importerebbe che i nipoti consanguinei, per esempio, fossero allora di un grado più remoto del fratello o della sorella uterini; dappoichè è noto che la prossimità di grado è da considerare solo fra parenti appartenenti alla stessa linea (*supra*, n. 367).

ARTICOLO II.

Delle successioni deferite agli ascendenti.

SOMMARIO.

459. — In quali casi vien chiamato l' ordine degli ascendenti.
460. — Ogni eredità spettata ad ascendenti si divide fra le due linee. — Applicazione di questa regola.
461. — Dell' ordine di succedere fra gli ascendenti, gli uni rispetto agli altri.

459. — L'art. 746 — 668, 669 determina nel seguente modo le successioni deferite agli ascendenti:

« Se il defunto non ha lasciato figli, nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti da essi, la « successione si divide per metà tra gli ascendenti della linea paterna e gli ascendenti « della linea materna. »

« L'ascendente che si ritrova nel grado più « prossimo, conseguisce la metà assegnata alla « la sua linea, ad esclusione di tutti gli altri. »

« Gli ascendenti nel medesimo grado succedono per capi. »

Abbiam detto che gli ascendenti, i quali ben si comprende essere sempre esclusi da' discendenti, vengono pur chiamati sol quando non sienvi fratello, sorella, nè discendenti da essi, eccettuati nulladimeno i genitori, i quali concorrono co' fratelli e sorelle o loro discendenti (*supra* n. 450).

L'art. 746 suppone qui che il defunto *non abbia lasciato figli, nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti da essi*, val dire che esso tratta delle successioni deferite in terzo ordine agli ascendenti, compresivi i genitori, ad esclusione di tutti i collaterali ordinari, val dire di quelli formanti il quarto ordine (*infra* n. 462).

460. — A norma dell'art. 733, qualunque eredità devoluta agli ascendenti o a' collaterali si divide fra la linea paterna e la linea materna.

Laonde semplicissima si rende la disposizione dell'art. 746, a norma di cui « la successione si divido per metà tra gli ascendenti della linea paterna e gli ascendenti della linea materna. »

L'articolo, come ben si ravvisa, ha in mira la ipotesi in cui sienvi ascendenti in ambe le linee:

Se in una linea vi fossero soltanto ascendenti, e nell'altra linea collaterali (ben si comprende ordinari, val dire diversi da' fratelli e sorelle o discendenti da essi), la eredità dovrebbesi pur dividere per metà fra le due linee; e sarebbe devoluta separatamente agli ascendenti nella loro linea ed a' collaterali nell'altra (art. 753 *infra* n. 453—454).

461. — Dalla duplice regola per noi testè fermata, val dire:

Da un lato, che ogni eredità dovoluta ad ascendenti si divide per metà fra la linea paterna e la materna (art. 733—734);

E d'altro lato, che la rappresentazione non ha luogo a pro degli ascendenti (art. 741);

Naturalmente emergono, come conseguenze, le due finali disposizioni onde l' art. 746 determina l'ordine di succedere fra gli ascendenti, gli uni rispetto agli altri:

1.° L' ascendente il quale trovisi in grado più prossimo consegue la metà attribuita alla sua linea, ad esclusione di ogni altro: così, per esempio, l'avo paterno escluderà i bisavi, genitori della moglie premorta.

2.° Gli ascendenti nello stesso grado succedono per capi: così, trovandosi la eredità devoluta a tre bisavi della stessa linea, di cui uno sarebbe, per esempio, il padre dell'avo, e di cui i due altri sarebbero i genitori dell'avola, la divisione della metà spettante a questa linea dovrebbe aver luogo per terzi.

Queste due conseguenze furono già spiegate (*supra*, n. 422-424); e noi avremmo dovuto di necessità desumerle da'principî già fermati dal legislatore anche quando non fosse stato diligente a formularle specialmente nell' art. 746.

ARTICOLO III.

Delle successioni deferite a' collaterali diversi dai fratelli e sorelle del defunto o discendenti da fratello e sorella.

SOMMARIO

462.—O sonovi ascendenti in una linea e collaterali nell' altra linea; ovvero in entrambe le linee rinvengonsi soltanto parenti collaterali.

463.—Del caso in cui sienvi ascendenti in una linea e collaterali nell' altra.

464.—Continuazione.—Del caso in cui il padre o la madre trovisi in una linea in concorso con collaterali dell' altra linea.

465.—Continuazione.

466.—Continuazione.—Rimando.

466 *bis*.—Del caso in cui in ambedue le linee trovinsi soltanto parenti collaterali.

467.—Del modo onde i collaterali della quarta classe succedono tra essi in ciascuna linea.

468.—I parenti oltre il dodicesimo grado non succedono.—*Quid*, se vi sieno parenti del dodicesimo grado soltanto in una linea?

469.—Continuazione.

462. —L'art. 753 chiama a succedere questa quarta ed ultima classe di eredi nel seguente modo:

« In mancanza di fratello e sorella o discen-
« denti da essi, ed in mancanza di discenden-
« ti nell'una o nell'altra linea, l'eredità è de-
« ferita per metà agli ascendenti superstiti; e
« per l'altra metà a' parenti più prossimi del-
« l'altra linea.

« Quando vi concorrono parenti collaterali
« nel medesimo grado, la divisione si fa per
« capi. »

Tal disposizione è pure conseguenza semplicissima del fondamental principio fermato con l'art. 733 della divisione per metà fra le linee paterna e materna di ogni eredità devoluta ad ascendenti o collaterali.

Dilemma:

O sonovi ascendenti in una linea, e collaterali nell'altra linea;

O in ambeduo le linee rinvengonsi soltanto parenti collaterali.

463.—Nel primo caso la metà spettante alla linea nella quale trovansi ascendenti, si consegue dagli ascendenti; e la metà spettante all'altra linea si consegue da' collaterali che vi si rinvengono.

Questi collaterali, i quali sono, come abbiamo osservato, sempre e compiutamente esclusi non solo da' discendenti (art. 745—667), ma eziandio da' fratelli e sorelle o discendenti da essi (art. 752), vengono per contrario esclusi dagli ascendenti solo in ciascuna linea; talchè i collaterali, anche i più remoti, quando appartengano ad una linea in cui non sienvi ascendenti, conseguono la metà spettante alla loro linea, essendo allora l'altra metà soltanto devoluta agli ascendenti che trovansi nell'altra linea.

464.—L'antecedente proposizione è applicabile a tutti gli ascendenti: è uopo non eccettuarne neppure i genitori; ciascun di essi eziandio nella sua linea esclude i soli collaterali ordinarî.

Non pertanto, e per questa ultima ipotesi, l'art. 754 soggiugne una disposizione così concepita:

« Nel caso dell' articolo precedente, il pa-
« dre o la madre superstite ha l'usufrutto del-
« la terza parte de' beni a cui non succede in
« proprietà. »

Già dicemmo (*supra*. n. 380) aver voluto il legislatore rispondere così ad una delle censure degli avversarî del sistema della divisione, i quali precisamente obbiettavano poterne emergere che collaterali rimoti, e forse anche ignoti del defunto, verrebbero chiamati a dividere la eredità per metà col padre o con la madre. Precisamente per tale ipotesi l'art. 754 attribuisce al padre o alla madre superstite, oltre la metà spettante alla sua linea, l' usufrutto del terzo dell' altra metà spettante all' altra linea.

465.— Si è osservato:

1.° Che questo usufrutto viene attribuito al padre o alla madre superstite, e non agli altri ascendenti;

2.° Che viene conferito allo stesso padre o alla stessa madre superstite quando trovinsi nell'altra linea collaterali, e non già quando vi si trovino altri ascendenti (confr. Duranton, t. VI, n, 257; Chabot t. I. art. 754, n. 5).

Queste due proposizioni sono incontrasta-

bili; dappoichè risultano positivamente dal testo medesimo degli art. 753 e 754.

466.—L'art. 754 ci offre l'esempio di un vero diritto di usufrutto stabilito dalla legge, e cui è uopo applicare tutte le regole risguardanti questa specie di diritto (*ved.* il nostro t. X, n. 233 e 488).

466 *bis.*—Nel secondo caso da noi supposto(*supra* n. 462), val dire quando in ambedue le linee, sienvi soltanto parenti collaterali, la eredità si divide eziandio per metà; i collaterali di ciascuna linea conseguono la porzione spettante alla linea cui appartengono.

I germani prendono parte nelle due linee; gli uterini o consanguinei nella loro linea soltanto (art. 733).

Toullier ha insegnato che « il doppio vincolo può influire sul modo di succedere soltanto in grado di fratello, sorella o discendenti da essi (t. II, n. 204). »

Ma abbiamo già risposto che questa dottrina è contraria a' termini assoluti dell'art. 733, o che tutti i parenti collaterali, eziandio quelli della quarta classe, intorno a cui qui ragioniamo, dovessero ammettersi ad invocare il privilegio concedulo al doppio vincolo con l'art. 733 (confr. *supra*, n. 371; e Duvergier sopra *Toullier*, *loc. supra cit.*; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 269).

467.—Relativamente al modo onde i collaterali di questa quarta classe succedono tra essi, in ciascuna linea, torna semplicissimo nel punto in cui ci troviamo.

Difatti è noto essere regola generale che, fra parenti dello stesso ordine, la prossimità del grado determina la preferenza; dalla qual cosa conseguitano, tra parenti nello stesso grado, il concorso e la divisione per capi.

È ben vero che questa regola può venir modificata dalla rappresentazione.

Ma non essendo ammessa la rappresentazione a pro de' collaterali ordinari intorno a cui qui ragioniamo, val dire diversi da' figliuoli e discendenti da fratelli e sorelle del defunto (art. 742—663), riassume, rispetto ad essi, il suo impero la regola:

1.° Il più prossimo esclude il più remoto;
2.° Se vi sia concorso di parenti collaterali nello stesso grado, dividono per capi (art. 753).

468.—Da ultimo l'art. 755 — 673 compie e perfeziona ne' seguenti termini tutto ciò che risguarda le successioni collaterali:

« Non ha luogo la successione de' parenti « oltre il duodecimo grado.

« In mancanza di parenti in grado successibile in una linea, i parenti dell'altra linea « succederanno nell'intera eredità. »

Tale ultima disposizione trovavasi già fermata: di fatti osservammo che, a norma dell'art. 733, la *devoluzione* di tutta la eredità si fa ad una delle linee, quando non vi sieno parenti in grado di succedere nell'altra linea (*supra*, n. 373).

Ed è indubitato che la devoluzione medesima segue del pari, quando tutti i parenti i quali si trovassero in grado di succedere in una linea abbiano rinunziato o sieno esclusi come indegni (art. 785—702; confr. Duranton, t. VI, n. 260).

469.—Il legislatore non doveva circoscrivere il diritto di succedere in linea retta: siccome è necessario, per succedere, essere stato conceputo nel momento dell'apertura della successione (art. 725 — 646), così è impossibile che le successioni deferite a' discendenti del defunto estendansi a gradi remoti; e non potrebbero mai ad evidenza giugnere sino al dodicesimo!

La stessa osservazione applicasi del pari ai discendenti da fratelli e sorelle del defunto.

Ma ben diversamente avveniva rispetto agli altri parenti della linea collaterale; avvegnachè le successioni lor deferite non incontrano, nella stessa natura delle cose, alcun limite necessario.

Il diritto romano aveva fermato cotesto limite al sesto grado, *ad sextum gradum cognat.*, salvo una sola eccezione, *et ex septimo a sobrino, sobrinaque nati nataeve* (Inst., § 5, *de grad. cognat.*; agg. § 3, *de success. libert.*)

Ma *ciò*, diceva Lebrun, *non è nostra giurisprudenza francese*; *per modo che un parente nel millesimo grado, se si potesse trovar tale, escluderebbe e il diritto di caducità e il diritto di confiscazione* (lib. I, cap. VI, sez. IV, n. 5); o di fatti, pare che, sotto l'impero del nostro antico diritto, tutti i parenti, senza limitazione di grado, venivano ammessi a succedere.

Il Codice bavarese dispone ancora oggidì che la successibilità non vada limitata ad alcun grado (cap. XII, *de' collaterali*, n. 8).

Il nostro legislatore, circoscrivendo al duodecimo grado la successibilità, venne mosso segnatamente da due considerazioni, la cui vigoria e saggezza ci sembrano incontrastabili:

Da un lato che « le relazioni di famiglia spariscono in sì grave lontananza..; e che dopo il

dodicesimo grado, si è tanto lonlano dalla stirpe comuno, ed i sentimenti di famiglia e di affetto tanto usnali da non sapersi distinguere nella maggior parte del tempo, e da non aversi rispettivamente diritti maggiori degli altri.»

E d'altro lato che successioni devolute in siffatte distanze addiverrebbero quasi sempre sorgente di giudizi e d' inestricabili difficoltà (Confr. *la esposizione de' motivi* di Treilbard, ed il discorso di Siméon al Corpo legislativo ne' 19 e 28 germile anno XI; Fenet, t. XII, p. 149 e 229).

ARTICOLO IV.

Della successione degli ascendenti donanti nelle cose da essi donate a' loro figli o discendenti.

SOMMARIO.

470.—Esposizione.

471.—Del diritto comune relativameote allo effetto traslativo di proprietà della donazione tra vivi.— Della riversione convenzionala.

472.—L' asceudeote il quala faccia una doozioce tra vivi a suo figlio può, al pari di ogni altro donante, stipulare la riversione convenzionale.—Ossarvazioni all' obbietto.

473.—Della riversione legale o successoria.—De' motivi per cui venne introdotta.

474.—Della origina della riversione legale appo i Romani.

475.—Della riversione legale nal nostro antico diritto fraocese.

476.—Continuazione.—Delle province di diritto scritto.

477.—Continuazione.—Della province consnatudinarie

478.—Continuazione.—Della legislaziooe lotermedia.

479.—Divisione.

470. — Ci rimane ad esporre la particolar successione degli ascendenti nelle cose da essi donate a' loro figli o discendenti.

Importante subbietto, meritevole di ampi chiarimenti, e che per tal motivo abbiam voluto distintamente trattaro, per non interrompere, con talo incidente, la esposizione del sistema generale delle successioni ordinarie.

L'art. 747—670 è così concepito:

« Gli ascendenti succedono, ad esclusione « di tutti gli altri, nelle cose da essi donate ai « loro figli o discendenti morti senza prole, « allorchè gli oggetti donati si trovino in natu- « ra nell'eredità.

« Se tali oggetti furono alienati, gli ascen- « denti riscuotono il prezzo cho possa tuttora « essere dovuto. Succedono inoltre all'azione « di recupera che avesse potuto spettare al do- « natario. »

È questo l'unico articolo formante la sede della subbietta materia: nulladimeno è uopo aggiugnervi gli art. 351, 552 e 766 — 275, 276 e 681, i quali stabiliscono altresì, in materia di adozione e di successione irregolare, ne'casi da essi contemplati una specie di successione affatto simile a questa; ed avremo anzi più di una fiata a compiere, gli uni mercè gli altri, tali diversi testi, tutti constituenti del pari la manifestazione di un solo e medesimo sistema (*ved.* il nostro t. VI, n, 172 e seg.)

471.—Regolarmente la donazione tra vivi trasferisce al donatario la proprietà diffinitiva ed incommutabile della cosa donata (art. 894—814); talchè anche quando muoia con prole o senza, prima del donante, la cosa medesima si trasmette al pari di tutti gli altri suoi beni, a' suoi eredi ordinari qualsivogliano.

Il donante può antivenire questo risultamento, stipulando *la riversibilità degli effetti donati tanto nel caso della premorienza del donatario solo*, *quanto del donatario e dei suoi discendenti* (art. 951—876): è questa la così detta riversione *convenzionale*. Ed allora cotesta stipulazione inferisce alla donazione una vera condizione risolutiva, il cui effetto, quando si avveri, si è *di sciogliere tutte le alienazioni de' beni donati, e di farli ritornare al donante, liberi da ogni peso ed ipoteca*, a riserva però dell'ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali (art. 952—877).

È questo il diritto comune.

472.—Gli ascendenti, i quali facciano donazioni tra vivi a' loro figli o discendenti, possono al certo stipulare altresì il diritto di riversione pel caso di premorienza del donatario con prole o senza.

E quando tal clausola venne inserita nell'atto, produce, a pro dell'ascendente tutti gl'effetti che lo competono per regola generale, e che produrrebbe a pro di ogni altro donante (*supra*, n. 471; Domat, *leggi civ.*, lib. II, tit. II, sez. III, n. 5.)

Nulladimeno è importante, all'obbietto, esprimersi chiaramente e senza equivoco, per guisa che la clausola non sembri riferirsi semplicemente alla riversione legale, dall'art. 747 — 670 attribuita all' ascendente donante, e per contrario stipuli una vera riversione convenzionale, in conformità dell'art. 951 (confr. arresto C. cass. 7 ag. 1839, Thorte, Dev., 1839, I, 572; Lebrun, *delle Success.*, lib. I, cap. V, sez. II, n. 12).

Soggiugniamo che la dichiarazione farsi la donazione a titolo di anticipazione di eredità, non equivale menomamente alla stipulazione del diritto di riversione in caso di premorienza del donatario prima dell'apertura della succes-

sione (conf. dec. C. di Grenoble 8 apr. 1829, Clement, D., 1830, II, 264; *ved.* nondimeno decis. C. di Mompellieri 11 genn. 1833, Deltour, D., 1833, II, 172.)

473.—Ma tale stipulazione da parte di un ascendente presenta qualche cosa di tristo e di nefasto, *mali hominis*; suppone un sovvertimento dell'ordine ordinario della natura; e spesso potrà avvenire che l'ascendente non abbia il coraggio di questa dolorosa preveggenza.

D'altro lato la stipulazione del diritto di riversione, pel motivo stesso che essa inferisce al diritto del donatario una condizione risolutiva, diminuisce e scema singolarmente il benefizio: il donatario cui trovisi imposta, non è più un incommutabile proprietario, il quale possa solidalmente alienare o ipotecare; e quindi la cosa perde, presso di lui, rispetto ai terzi, una parte notevole del suo valore e dei suoi vantaggi.

Or talvolta, per contrario, l'ascendente vuole (e quasi sempre è questo il fatto), conservare al figlio la piena e libera proprietà della cosa donatagli, per potere effettivamente esercitare, senza ostacoli, tutti i diritti emergenti dal dominio.

Ebbene! conveniva mai, in tali circostanze, applicare all'ascendente donante il diritto comune delle donazioni, e conseguentemente statuire che, se il figliuolo donatario morisse prima di lui senza prole, la cosa donata trasmetterebbesi, al pari di tutti gli altri beni del figlio a' suoi eredi ordinari, in concorso con l'ascendente donante, ovvero a sua esclusione, se non si trovasse chiamato alla successione?

Il legislatore non ha così divisato: e per contrario ha voluto che la cosa *partita* dall'ascendente, *tornasse* al suo autore; e di qui sorge la denominazione *diritto di riversione* o *ritorno legale*, onde è nota cotesta specie di successione in controposto del diritto *di ritorno convenzionale*.

« Dos a patre *profecta*, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem *redire* debet. » (L. 4, Cod., *solut. matrim.*)

Tre principali considerazioni han procacciato all'ascendente cotesto favore:

1.° Si è voluto non sottoporlo al dispiacere, nel momento stesso in cui trovavasi colpito nelle sue più care affezioni per la perdita prematura del figliuolo, di vedere inoltre trasmettere altrui la cosa donatagli, alla qual cosa forse attribuiva un particolar valore, e che non avrebbe voluto donare altrui: *ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret* (L. VI, ff. *de jure dot.*)

2.° Segnatamente si è sperato favorire ed incoraggiare così sempreppiù le liberalità, le constituzioni di dote, le anticipazioni di eredità, fatte dagli ascendenti a pro de' loro figliuoli o discendenti: *prospiciendum enim est ne hac injecta formidine, parentum erga liberos munificentia retardetur* (L. 2, Cod. *de bonis quae liber.*)

3.° Finalmente si è considerato che l'ascendente aveva fatto la donazione tra vivi al figliuolo mirando al figliuolo stesso ed alla sua prole; e che la premorienza del figliuolo donatario senza prole faceva in certa guisa mancare la causa di queste specie di donazioni, le quali, essendo, nello intendimento dell'ascendente donante, anticipazioni di eredità, presuppongono che il figliuolo donatario debba sopravvivergli (*ved.* Lebrun, *delle Success.*, lib. 1, cap. V, sez. II. n. 1.)

Questa ultima considerazione era pur sembrata, ne' paesi di diritto scritto, tale da essersene desunto un vero diritto di ritorno *risolutivo*; e, comunque i paesi, meglio chiaroveggenti, a parer nostro, si fossero preservati da tale esagerazione, il vero si è che avevan pure avuto riguardo a cotesta specie di *effetto mancato*, cui la premorienza del figliuolo donatario senza prole riduce allora la donazione.

474.—La origine del diritto conceduto all'ascendente donante risale alla romana legislazione: di fatti è noto che la dote profettizia tornava al padre o all'ascendente paterno da cui venne constituita, quando il matrimonio sciogllevasi, nel corso di sua vita, per la morte della figliuola (L. VI, ff. *de jure dot.*)

Altronde cotesto ritorno legale, il quale era in Roma, da principio, una conseguenza della patria potestà, ed il quale applicavasi rispetto alla figliuola tuttora sottoposta alla potestà medesima, venne dappoi conceduto eziandio per la dote constituita alla figliuola emancipata (L. 10 e 59, ff. *solut. matrim.*); del pari che, circoscritto per lungo tempo alle costituzioni di dote, venne da ultimo esteso similmente alle semplici donazioni (L. 2, C. *de bonis quae liber.*; Nov. 25 dell'imperator Leone).

475. —Il principio di cotesta riversione legale andava pure un tempo osservato in Francia, dove per altro erasi accolto con una duplice modificazione, estensiva da un lato, restrittiva dall'altro.

Laonde, mentre estendevasi alla madre ed

agli ascendenti materni, andava circoscritto al caso in cui il figlio donatario premorto non lasciasse prole; restrizione unisona, come affermano benissimo Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, allo spirito della nostra odierna legislazione, la quale intende alla conservazione della dote nello interesse de' figliuoli (t. II, n. 477; agg. Merlin, *Rep.*, v. *Riversione*, sez. I. § 2, art. 1, n, 2 e 3).

Ma altronde il ritorno legale aveva assunto una forma ed un carattere oltremodo diversi nelle varie provincie del reame.

476. — In alcuni delle provincie di diritto scritto il ritorno legale andava risguardato, al pari del ritorno convenzionale, colpire di risolutiva condizione il diritto del figliuolo donatario: « ... È poggiato, diceva Furgole, sopra una tacita stipulazione, insita alla donazione; ed i beni donati tornano di pieno diritto *veluti quodam jure postliminii.* » (Quist. 42, *su l'ord*, del 1731).

Laonde, nel perimetro giurisdizionale dei parlamenti di Tolosa, Grenoble e Bordò, il ritorno veniva conceduto al donante, *ad onta* diceva pure Furgole (*loco citato*) *di ogni disposizione testamentaria o tra vivi fatta dal donante*; ed inoltre le alienazioni eziandio a titolo oneroso venivano risolute.

Nondimeno cotesto effetto risolutivo del ritorno legale non veniva ammesso dovunque, pressocchè, con la medesima ampiezza.

Nel parlamento di Provenza distinguevansi le disposizioni a titolo gratuito dallo alienazioni a titolo oneroso: le prime non ostavano al ritorno legale; ma diversamente accadeva delle seconde.

Viemaggiormente! ne' paesi di diritto scritto compresi nel perimetro giurisdizionale del parlamento di Parigi, il figliuolo donatario poteva alienare irrevocabilmente, non solo a titolo oneroso, ma eziandio per donazione tra vivi o a causa di morte (confr. Merlin, *Rep.* v. *Riversione*, sez. 1, § 2, art. 2; Lebrun, lib. I, cap. V, sez. II, n. 3).

477. Nelle province consuetudinarie il ritorno legale assumeva generalmente, salvo poche eccezioni, il carattere di un diritto successorio, per effetto del quale l'ascendente veniva chiamato a conseguire, come erede, nella eredità del figliuolo donatario, i beni da lui donati: dalle quali cose emergeva che l'ascendente era tenuto rispettare tutte le alienazioni e tutti i pesi consentiti su' beni dal *de cujus*, di cui addiveniva successore e rappresentante.

La consuetudine di Parigi, con l'art. 313, statuiva su tal punto in modo assai esplicito:

« Non pertanto *succedono* (gli ascenden-« ti) nelle cose da essi donate a' loro figli-« uoli morti senza prole e discendenti ».

E l'art. 315 della consuetudine di Orléans era pure quasi letteralmente conceputo nella medesima guisa (confr. Pothier, su questo art., nota 2; e *delle Success.*, cap. II, sez. II, art. 3, § 2; Ferrière, su l'art. 313 della cons. di Parigi, § 3, n. 3).

478.—Circa la legislazione intermedia, non aveva ammesso il ritorno legale a pro dell'ascendente donante.

È questa precisamente la conseguenza emergente dall'art. 74 della legge del 17 nevoso anno II:

« I beni donati dagli ascendenti a' loro di-« scendenti *con patto di ritorno* non vanno « compresi nelle regole testè fermate: non « formano parte della eredità del discendente, « finchè siavi luogo al diritto di ritorno. » (Confr. decis. C. di Agen 20 feb. 1807, Cathus, Sirey 1807, II, 204; arresto C. cass. 30 giugno 1817, Lemarchand, D. *rac. alfab.*, t. XII, p. 299; decis. C. di Tolosa 19 novembre. 1819, Pelet, Dev. e Carr. *collez. nuova*, VI, II, 154; Merlin, *Rep*, v. *Riversione*, *sez.* III, n. 1).

479.—Son queste le storiche tradizioni nella subbietta materia.

Ora dobbiamo disaminare lo stabilimento di cotesto diritto nel Codice imperante.

Ed è questo, convieno confessarlo, un assunto che due cause soprattutto, a prescindere dalla difficoltà del subbietto stesso, han renduto appo noi particolarmente malagevole.

Da un lato il laconismo del nostro Codice, il quale racchiude, intorno ad una materia sì importante, un solo articolo (747—670), cui possonsene ravvicinare semplicemente tre altri pressappoco somiglianti (351, 352, 766 —275, 276, 684);

D' altro lato talune espressioni più o meno equivoche ed inesatte dal legislatore talvolta adoperatevi.

Imprenderemo a disimpegnare tale assunto; ed all' uopo successivamente disamineremo i quattro punti seguenti:

1° Qual sia oggidì il carattere del diritto conceduto all'ascendente donante con l'articolo 747;

2° In quali casi abbia luogo;

3° A quali cose si applichi;
4° Quali ne sieno gli effetti.

§ I.

Qual è mai il carattere del diritto conceduto all' ascendente donante con l' art. 747?

SOMMARIO.

480.—Il diritto conceduto con l'art. 747 all'ascendente donante è un semplice diritto successorio.—Spiegazione.
481.—Continuazione.
481 bis.—L' ascendente donante debbesi forse considerare quale erede legittimo?
482.—Conseguenze della regola testè fermata.
483.—La successione stabilita con l' art. 747, a pro dell' ascendente donante, costituisce una successione particolare ed anomala estranea al sistema generale della successione ordinaria, sotto il duplice rapporto delle persone chiamatevi, e delle cose che ne formano l'obbietto.
484.—Continuazione.
485.—Conseguenze della regola testè fermata: 1° Non evvi luogo al dritto di accrescere fra la successione speciale dell' ascendente e la successione generale degli altri beni.
486.—2° L' obbligo rispettivo della collazione non potrebbe sustistere fra l' ascendente chiamato come donante, in forza dell' art. 747, e gli eredi della successione ordinaria.
487.—3° Non evvi indivisione tra l' ascendente donante e gli eredi negli altri beni.—Conseguenze.
487 *bis*.—4° Non vi sarebbe luogo, fra l' ascendente donante e gli eredi della successione ordinaria, allo sperimento del retratto successorio ammesso con l' art. 841.
488.—5° Quando l' ascendente trovisi chiamato simultaneamente come donante alla successione particolare, e come il più prossimo parente della sua linea alla successione generale, può accettare l' una eredità o rinunziare all' altra.
489.—Continuazione.
490.—Continuazione.
491.—6° I beni donati dall' ascendente debbono forse andar compresi nella massa pel computo della quota disponibile e della riserva?—Rimando.

480. — Primieramente chiediamo qual è mai il carattere del diritto conceduto allo ascendente donante con l' art. 747—670?

Di fatti, capitale è questa prima quistione: essa domina lo intero subbietto; e la soluzione che le verrà data reagirà sempre in modo più o meno decisivo nella maggior parte delle quistioni particolari, numerosissime, che vi si agitano.

Ebbene adunque! è forse questo ad esempio d'alcuni paesi di diritto scritto, un vero diritto di ritorno, cioè una condizione risolutiva, il cui adempimento riporrebbe *in praeteritum* e cose nel medesimo stato che se la donazione non fosse stata fatta come in caso di ritorno convenzionale?

Non è forse piuttosto, come nella maggior parte de' paesi consuetudinarj, un diritto successorio, in forza di cui l' ascendente vien chiamato dalla legge come erede intestato, a conseguire le cose da lui donate?

Agevole è la risposta; e conviene non porre in dubbio che l'art. 747, adottando la giurisprudenza delle province consuetudinarie, ha stabilito a pro dell' ascendente donante un diritto meramente successorio.

Primieramente nel titolo *delle Successioni* intestate, e nel capitolo *delle successioni deferite agli ascendenti*, l' art. 747 è stato collocato fra gli altri articoli, i quali stabiliscono chiamate ereditarie.

In secondo luogo il testo della legge è positivo: gli ascendenti *succedono*. . . *Succedono inoltre*, dichiara per ben due volte l' art. 747; e precisamente da tali espressioni, adoperate pure dalle consuetudini di Parigi e di Orléans (*supra*, n. 477), erasi inferito, e con sommo fondamento, che le consuetudini avevano stabilito a pro dell' ascendente donante un diritto ereditario.

È ben vero che nel nostro Codice, in due circostanze affatto simiglianti a questa, rinvengonsi adoperate altre espressioni:

« Se l' adottato muore senza discendenti legittimi, dichiara l' art. 351—275, le cose « donate dall' adottante, ec., *ritorneranno* « all' adottante. »

E similmente l'art. 766—681 dispone che « in caso di premorienza del padre e della « madre del figlio naturale, i beni che questi « avesse ricevuto da'medesimi, *passano* a'fra« telli o sorelle legittimi, e le azioni di ricu« pera. . . *spettano* egualmente a' fratelli e « sorelle legittimi. »

Ma, da un lato, gli articoli medesimi, per le altre espressioni che adoperano e pel complesso delle loro disposizioni, stabiliscono un diritto di successione: quindi l'art. 351 fa tornare i beni all' adottante *con l' obbligo di contribuire al pagamento de' debiti, e senza pregiudizii de' diritti de' terzi*. Viemaggiormente! l' art. 352 — 276 dichiara positivamente che l' adottante *succederà*; ed è indubitato dallo stesso intendimento muovere lo art. 766—681, la cui disposizione posta, come quella dell'art.747, nel titolo *delle successioni*, chiama i fratelli e sorelle legittimi a conseguire taluni beni sol quando si trovino *in natura nella eredità* del figlio naturale.

D'altro lato è nopo altresì ammettere che i vocaboli *ritorno*, *riversione*, i quali convenivano al certo molto più al sistema de' paesi di diritto scritto, in cui erasi assimigliato il *ri*[illegible]*egale* al *ritorno convenzionale*, sono an[illegible]ra alquanto adequati, eziandio nel sistema adottato dal nostro Codice, ed a norma di cui a titolo successorio l'ascendente donante vien chiamato dalla legge a conseguir le cose da lui donate; dappoichè precisamente, per chiamarvelo, la legge considera eccezionalmente l'origine di tali cose; e precisamente perchè sono provenute da lui vuole che *tornino* a lui, anche quando, come ravviseremo, non fosse erede per gli altri beni del figlio donatario trapassato (*infra*, n. 483). Indubitatamente non evvi in ciò un diritto di ritorno vero, sempre ed in ogni caso! ma altresì una idea di *riversione* ha determinato il legislatore a stabilire un diritto di *successione*. E ciò appunto faceva dire a Lebrun che *questo diritto è misto*, *e partecipa del diritto di riversione e del diritto di successione*, ed inoltre che il *diritto medesimo è misto di successione e riversione* (lib. I, cap. V, sez. II, n. 3 e 57).

Ma finalmente il nostro Codice ha stabilito un *diritto di successione*, comunque sia stato determinato a stabilirlo per effetto di *una idea di riversione*; e la vera denominazione che gli conviene oggidì, a parer nostro, è quella di *ritorno successorio*, dappoichè la denominazione medesima esprime la idea che ha fatto stabilire il diritto ed il carattere del diritto stesso.

481.— In quanto a noi, soggiugniamo che il sistema adottato dal nostro Codice ci pare di fatti molto migliore di quello delle antiche province di diritto scritto, le quali avevano assimigliato il ritorno legale al ritorno convenzionale.

Questo ultimo sistema, di cui il primo presidente de Lamoignon voleva nulladimeno formare una massima universale, nell' art. 61 del titolo delle donazioni *delle sue ordinanze* (*ved.* Merlin, *Rep.*, v, *Riversione*, sez. I, § 2, art. 2), era per contrario, a creder nostro, veramente eccessivo; ed avvisiamo che trasgredisse ad un tempo la volontà dell' ascendente donante ed il diritto stesso del figliuolo donatario:

La volontà del donante il quale, donando puramente e semplicemente, aveva così conferito al donatario un diritto assoluto ed incommutabile, col prezioso vantaggio di poter liberamente disporre, rispetto a' terzi, della cosa donata;

Il diritto del figliuolo donatario, il quale, da puro e semplice ed incommutabile che era in conformità del suo titolo, diveniva per legge, di uffizio, e quasi di viva forza, condizionale e risolvibile!

La misura trovavasi al certo oltrepassata in questa risolutiva riversione.

Per contrario essa non lo è, nella riversione ereditaria, onde la legge, limitandosi ad esercitare il diritto ad essa pertinente supremamente di ripartire i beni della successione intestata, presceglie per erede delle cose donate l'ascendente donante, quando tali cose trovinsi nella successioni intestata, da essa presa a regolare.

Laonde non per effetto di una risoluzione o di una rivocazione qualsivoglia, nè anche di una caducità della donazione, sì bene a titolo successorio l'ascendente donante vien chiamato dall' art. 747; e se si è serbato l'uso di dinotare tale specie di sucessione con le denominazioni *riversione* o *ritorno legale*, se noi medesimi, per maggiore brevità, ce ne serviamo, in avvenire dovrà sempre risguardarsi qual diritto ereditario, comunque fondato sopra una idea di riversione (confr. arresti C. cass. 17 dic. 1812, Noailles, Sirey, 1813, *I*, 409; 18 ag. 1818, Grellet-Desprades, Sirey, 1818, I, 370; 16 marzo 1830, Sombal, Dev. 1830, I, 121; decis. C. di Bordò 15 apr. 1831, stesse parti, Dev., 1831, II, 145; Grenier, *delle donaz.*, t. II, n. 598; *ved.* nondimeno decis. C. di Agen 13 marzo 1817, Roques, Sirey 1822, II, 300; ed 11 dic. 1827, Amouroux, Sirey, 1829, II, 74; Toullier e Duvergier, t. II, n. 234; Duranton, t. VI, n. 223 e 227; Chabot su l'art. 747, n. 29; Malpel, n. 136; Marcadé, art. 747, n. 1; Demante, t. III, n. 55 *bis*; Ducaurroy, Bonnior e Roustaing, t. II, n. 478; Taulier, t. III, p. 151, 152).

481 *bis*. —Diciamo per via di successione l'ascendente raccoglier le cose da lui donate; e soggiogniamo essere egli, rispetto a *tali cose*, *l'erede* legittimo del donatario.

Non pertanto questa ultima proposizione è stata oppugnata; e per l'opposto si è insegnato che l'ascendente non era un erede, nel rigoroso significato di questo vocabolo, ma che era semplicemente un successore universale:

1.° I diversi articoli del Codice, onde vien conceduto a talune persone il ritorno successorio, non attribuiscono, dicesi, allo persone

medesime la qualità di erede (art. 351, 352, 747, 766—275, 276, 670, 684);

2.° La qualità di erede, a norma dell' art. 724—645, deriva dal vincolo di parentela legittima il quale unisce al *de cujus* chi venga chiamato a raccogliere la universalità o una parte aliquota della universalità de' beni constituenti la sua credità:or, da un lato,il ritorno successorio è fondato molto meno sul vincolo della parentela che su la origine de' beni i quali ne formano l'obbietto; dappoichè è attribuito a talune persone fra cui non sussiste la parentela legittima (art. 766); e d'altro lato neppure si esorcita su la stessa eredità, val dire sul complesso de' diritti ed azioni del defunto, ma semplicemente sopra una universalità giuridica la quale comprende soltanto alcuni beni.

E da cotesta dottrina si è desunto che l' ascendente non gode del possesso ereditario; che non continua di pieno diritto il possesso del defunto; che non è tenuto de' debiti *ultra vires*, ma semplicemento *pro modo emolumenti*(confr. Zachariæ, Aubry e Rau, t. IV, p. 544, 545, 550).

Ci faremo tantosto specialmente a confutare tali diverse deduzioni (*infra* n. 482 e 552).

In quanto a noi, sin da ora proscriviamo la regola su cui si è impresa a fondarle:

Primieramente è indubitato che l'ascendente donante andava, sotto l'impero della nostra antica giurisprudenza, riguardato quale erede; di fatti veniva chiamato in tal qualità per succedere nella cosa da lui provegnente.

Or il nostro Codice ha serbato su tal punto le tradizioni consuetudinarie: se ne rinviene la dimostrazione nel luogo attribuito all'art. 747, nel capitolo *delle successioni deferite agli ascendenti;* nel quale articolo trovansi adoperate assolutamente le espressioni stesse degli art. 746 e seg., onde viene fermata la successione legittima ordinaria degli ascendenti.

Laonde non faceva menomamente mestieri che il legislatore specialmente conferisse all'ascendente il titolo di erede; avvegnachè questo titolo emergeva per lui dal ravvicinamento degli art. 723, 724 e 747—644, 645 e 670.

Indarno obbiettasi che il ritorno successorio è fondato su la origine de' beni i quali ne formano l' obbietto, anzichè sul vincolo della parentela legittima, e che altrondo non applicasi ad una porzione aliquota della totale eredità.

Di fatti, da un lato, se la legge va indagando, in questa circostanza, la origine della cosa, essa ricerca apparentemente altresì il vincolo che univa il donante al donatario, dappoichè accorda qui il ritorno successorio al solo ascendente legittimo (*infra*, n. 496).

D' altro lato la cosa donata vien devoluta all' ascendente, a titolo successorio, e come essa medesima constituente una eredità distinta dalla eredità ordinaria.

Dunque conchiudiamo che l' ascendente vien chiamato a titolo successorio, ed ha la qualità di erede (confr. Delvincourt. t. II, p. 18; Chabot, art. 747, n. 15; Demante, t. III, n. 56 *bis*).

482.—Da questa generale premessa deriva una serie di conseguenze, le quali nella maggior parte, ad onta della loro importanza, non abbisognano più di dimostrazione.

Laonde:

1° L'ascendente donante non può preventivamente, nell' atto stesso di donazione, nè in un atto posteriore, rinunziare al diritto successorio conferitogli con l' art. 747 (confr. art. 791, 1130, 1600—708, 1084, 1445).

2° Tal diritto si apre a suo pro, al pari di ogni successione, per la morte naturale, ed avremmo detto eziandio, per la morte civile, innanzi della legge del 31 maggio 1854, la quale l' ha abolita (art. 718—638); come similmente, in caso di dichiarazione di assenza, l' ascendente può ottenere la immissione in possesso della cosa da lui donata (art. 120, 123—126, 129; decis. C. di Nancy 31 genn, 1833, Baradel, D., 1834, II, 172; *ved.* il nostro t. II, Trattato *dell' assenza*, n. 83).

3° La disposizione dell' art. 747 constituisce, almeno circa gl' immobili, una legge reale, applicabile, in Francia, eziandio agli stranieri (art. 2, 2° comma; *ved.* il nostro t. 1, n. 82).

4° L' ascendente donante può raccogliere le cose da lui donate sol quando abbia le qualità richieste per succedere, val dire sotto la condizione che sarà capace e non indegno (art. 725, 726—646, 647).

5° Può raccoglierli solo dichiarando si erede ed accettando la eredità del figlio donatario; vogliam dire la successione speciale nelle cose donate, deferitagli con l'art. 747.

6° Rimane impossessato di pieno diritto, al pari di ogni erede, de' beni di tale eredità (art. 724—645): conseguentemente, sin dal giorno della apertura della successione. è non solo proprietario (art. 711—632), ma possessore; ed i frutti i quali dappoi provengano

dalla cosa, appartengono a lui (art. 547 — 472).

7° Ravviseremo essere conseguentemente pur tenuto, come rappresentante del figliuolo donatario, suo autore, di rispettare le alienazioni o atti qualsivogliano provegnenti da lui, e contribuire, sia al pagamento de' legati, sia al pagamento de' debiti ereditarj, in una quota proporzionata al valore de' beni da lui donati, relativamente al complesso del patrimonio (*infra* n. 551, 552, art. 724, 751).

8° Egli può eziandio, al pari di ogni erede, accettare puramente e semplicemente, o col benefizio dello inventario (art. 774—691; confr. Toullier, t. II, n. 236; Duranton, t. VI, n. 206; Marcadé, art. 747, n. 9; Chabot, articolo 747, n. 9; Vazeille, art. 747, n. 14; Demante, t. III, n. 55 *bis*.)

9° L'ascendente donante debbe pagare allo Stato il diritto proporzionale di mutazione per causa di morte a differenza del caso in cui trattisi di ritorno convenzionale, il quale è una risoluzione emergente dallo adempimento di una condizione stipulata (circolare dell'amministrazione de' demanj e del registro del 23 nebbioso anno VII; *ved.* Sirey, 1, 2; 117; arresto C. cass. 28 dic. 1829, Granot, Dev., 1829, I, 59).

A dir breve è uopo applicare a tal successione, considerata *per se* tutte le regole risguardanti in generale, a norma del nostro Codice, il diritto di succedere e le sue conseguenze.

483.—Ma nel tempo stesso è pure essenziale non confondere questa successione particolare e speciale con la successione generale ed ordinaria.

Fondata, come abbiam detto, sopra una idea di riversione, la successione, stabilita con l'art. 747, rimane per contrario affatto estranea al sistema generale della successione ordinaria intestata; e constituisce, di per sè sola, una successione particolare ed anomala, sotto il doppio rapporto delle persone chiamatevi e delle cose che ne formano l'oggetto.

Ed ecco ciò che esprime l' art. 747, quando dichiara che gli ascendenti succedono *ad esclusione di* tutti *gli altri*. . . ec. ; val dire che questa successione particolare e privilegiata, come vien denominata, è di fatti indipendente, sia dall' ordine di parentela, sia dai gradi secondo i quali la successione ordinaria viene devoluta.

Dalle quali cose conseguita:

1° Che l'ascendente succede ne' beni da lui donati, anche quando non fosse chiamato alla successione ordinaria degli altri beni, a norma del sistema generale della successione intestata;

2° Che quando venga chiamato a succedere con altri eredi alla successione ordinaria, succede solo e particolarmente ne' beni da lui donati.

Questa duplice deduzione è oggidì incontrastabile.

E ben vero che, vigente l'antico diritto, erasi mossa quistione se l' avo, avendo donato al nipote, morto senza prole, il diritto di riversione legale competesse al padre o all' avo donante; e parecchi sostenevano che la riversione doveva giovare al padre, pel motivo che ciò che l' avo dona al nipote, il dona per amor del figliuolo e per esimere costui dalla obbligazione di dotare suo figlio; ma fin da quel tempo era prevalsa la opposta opinione: *non è giusto*, diceva Lebrun, *che il figlio, posposto al nipote, venga preferito all' avo donante* (lib. I, cap. V, sez. II, n. 14, 17; agg. Pothier, su l' art. 315 della cons. di Orléans, nota 2, e *delle Success.*, cap. II, sez. II, art. 3, § 2).

Precisamente per rendere in avvenire inconcussa questa soluzione venne adoperata nell' art. 747 la espressione *ad esclusione di tutti gli altri*, la quale non rinvenivasi nelle antiche consuetudini (*infra*, n. 499).

484.—Dunque è uopo fermare per massima esservi qui non una sola e medesima successione, i cui diversi beni, atteso la origine degli uni e degli altri, verrebbero variamente ripartiti, ma esservi due successioni distinte ed indipendenti l'una dall' altra, tanto indipendenti e distinte quanto lo sarebbero le successioni di due persone diverse.

Indubitatamente alcune relazioni dovranno stabilirsi, come tantosto esporremo, fra l' una e l' altra di tali successioni, pel determinamento della contribuzione ne' debiti e legati; dappoichè questo due masse, oggidì separate, han primamente formato una massa sola ed una medesima universalità giuridica, su cui hanno indistintamente gravato tali pesi.

Ma, a prescindere da questo determinamento, e per tutti gli altri effetti risultanti dalla successione deferita, il principio fondamentale si è che la successione dell' ascendente nelle cose da lui donate, e la successione degli eredi ordinarj in tutti gli altri beni, formano due successioni in certa guisa para-

lelle, due successioni affatto distinte e separate.

485. Da tal premessa una volta stabilita deriva pure, come testè dall'altra regola per noi fermata (*supra*, n. 482), una serie d'importanti conseguenze, e preventivamente anche per ciò, nella maggior parte, dimostrate.

Laonde:

1° Non vi sarebbe luogo a diritto di accrescere fra l'ascendente erede, circa i beni da lui donati, e gli altri eredi circa i beni della successione ordinaria.

A norma dell'art. 786—703 la parte del rinunziante (aggiugnete dell'indegno) si accresce a' *suoi coeredi*;

Or l'ascendente, nella successione anomala e privilegiata, e gli altri parenti, nella successione generale ed ordinaria, non sono *coeredi*;

Dunque non potrebbe esservi luogo, nè dall'una nè dall'altra parte, al diritto di accrescere.

Di fatti è manifesto che l'ascendente, il cui diritto va limitato *alle cose da lui donate*, non potrebbe, in forza di tal chiamata speciale e definita, scorgere il suo diritto accrescinto o diminuito dalle accettazioni o rinunzie che possono aver luogo nella successione ordinaria degli altri beni.

La rinunzia di un erede più prossimo, la quale lo escludesse dalla successione ordinaria, potrebbe indubitatamente avere per risultamento il farlo venire alla successione medesima o accrescervi la quota sua, se vi fosse già chiamato. Ma questo non sarebbe ad evidenza un accrescimento di una successione all'altra: tutto ciò avverrebbe nella successione ordinaria, senza alcuna relazione con la successione anomala dell'ascendente, e senza veruna alterazione, maggiore o minore, della sua chiamata speciale come ascendente donante.

Diciamo non esservi accrescimento della successione generale a pro della successione speciale, del pari che non vi sarebbe accrescimento della successione speciale a pro della successione generale, se l'ascendente donante rinunziasse al benefizio conceduto con l'art. 747; dappoichè allora non vi sarebbe più, o piuttosto non vi sarebbe stata giammai successione speciale; avvegnachè, mercè la rinunzia dell'ascendente donante, i beni donati sarebbero sempre rimasti confusi nella successione ordinaria (art. 785—702; conf. Delvincourt, t. II, p. 48, nota 4; Duranton, t. VI, n. 208; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 548; Demante, t. III, n. 56 *bis*, III.)

486. — 2° L'obbligo rispettivo della collazione non potrebbe sussistere fra l'ascendente, chiamato come donatario in forza dell'art. 747, e gli eredi della successione ordinaria.

Siamo sempre allo stesso argomento gravissimo:

A norma dell'art. 857—776 la collazione non è dovuta che *dal coerede al suo coerede*;

Or l'ascendente donante, nella successione particolare, e gli altri parenti, nella successione generale, non sono *coeredi*;

Dunque non debbonsi rispettivamente alcuna collazione.

È manifesto che gli eredi della successione ordinaria non sono tenuti a porre in collazione le ricevute liberalità con l'ascendente donante, il cui diritto va limitato ai beni da lui donati.

Ma, per tal circostanza, ne risulta eziandio la prova che l'ascendente, scambievolmente, da parte sua, se avesse ricevuta una liberalità dal figliuolo, non sarebbe tenuto, qualora succedesse, come ascendente donante, ne' beni da lui donati, a porre in collazione i doni da lui ricevuti nella successione ordinaria. E come mai potrebbe esser tenuto *porveli in collazione*, se non *succedesse*, se non fosse *erede* in tal successione? (Art. 843, 845—762, 764; confr. Demante, t. III, n. 56 *bis*, V.)

487. — 3° Dal non essere coeredi l'ascendente donante, *qua talis*, e gli altri credi della successione ordinaria conseguita non essere condomini; non esservi tra essi indivisione; epperò non potervi esser luogo tra essi a divisione.

Conseguentemente non possono esser tenuti gli uni verso gli altri, in caso di molestia o evizione, a veruna obbligazione di garentia (art. 845, 884—734, 804.)

È pure evidente che la evizione sofferta dall'ascendente nella cosa da lui donata al figlio e poscia conseguita nella costui successione non ingenera a suo pro veruna azione di garentia (art. 747.)

Ma conseguentemente ne risulta ad evidenza altresì che l'ascendente donante, il cui diritto era limitato a' beni da lui donati, non potrebbe essere garante, sotto questo titolo, delle evizioni cui potrebbe soggiacere nella successione ordinaria uno de' condividenti.

Tutto ciò che semplicemente ne risulterebbe si è che il determinamento sulla contri-

buzione ne' debiti da farsi dalle due successioni, il quale va, come dicemmo (*supra*, n. 483), computato su la loro rispettiva importanza, troverebbesi modificato in ragione della diminuzione di valore che la evizione cagionerebbe nella massa.

487. *bis.* — 4° Dal non essere l'ascendente donante o gli eredi chiamati alla successione ordinaria consuccessibili, e dal non esservi luogo tra essi ad alcun rapporto d'indivisione o divisione, è uopo altresì inferire che il retratto successorio ammesso dall'art. 841—760 fra coeredi non potrebbesi esercitare dall'una all'altra di queste distinte successioni, nè dall'ascendente avverso il cessionario de' diritti successorii di uno degli eredi della successione ordinaria, nè da uno degli eredi della successione ordinaria contro il cessionario de'diritti successorii dell'ascendente (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 548.)

488. — 5° Allorchè l'ascendente trovisi chiamato nel tempo stesso come donante alla successione particolare e come il più prossimo parente della sua linea alla successione generale, può accettare la prima eredità e rinunziare alla seconda.

Non pertanto cotesta soluzione è stata oppugnata.

Si è messa in campo la obbiezione desunta: In diritto, dalla indivisibilità del titolo di erede e dal principio il quale non permette accettare o rinunziare ad una eredità *pro parte* (L. 1, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*) *È questa la ragione*, diceva un tempo Duplessis, *per cui io avviso senza fallo che rinunziando all'una, rinunzio all'altra* (*delle Success.*, lib. III, cap. II);

In fatti, dalla mancanza d'interesse; avvegnacchè i beni donati ed i beni ordinarii dovendo proprinmente contribuire a'debiti, una delle successioni non può essere cattiva senza esserlo del pari l'altra; e conseguentemente non si ravvisa, dicesi, quale interesse l'ascendente potrebbe avere a rinunziare l'una eredità ed accettare l'altra (confr. Delvincourt, t. II, p. 48, nota 4.)

Ma agevole è rispondere:

Da un lato, il principio non potersi accettare nè rinunziare in parte è applicabile ad una sola e medesima eredità: esso poggia su l'altro principio che la chiamata di ciascuno degli eredi chiamati ad una successione è collettiva e solidale, e, se si formano parti, ciò accade per una necessità risultante dal loro concorso, *concursu partes fiunt* (*ved.* pure art. 786 — 703): or l'ascendente è qui chiamato non ad una sola medesima successione, ma a due successioni distinte: vi è chiamato in forza di due titoli diversi. Non è questo affatto un prelevamento, un'antiparte, che esercita su la successione ordinaria; e la pruova si è che succede nelle cose da lui donate, anche quando non venga chiamato come erede negli altri beni. *Son queste due successioni concorrenti nella stessa persona*, diceva Ferrière (su l'art. 313 della cons. di Parigi, § 3, n. 3): dunque nulla impedisce che accetti l'una, rinunziando all'altra; dappoichè supponiamo accettare per lo intero e rinunziare parimente per lo intero a ciascuna di queste due eredità distinte ed indipendenti nella loro rispettiva unità.

D'altro lato, parecchie ipotesi possono accadere in cui l'ascendente avrebbe interesse ad agire così: 1° se attribuisse, per esempio, a'beni da lui donati un prezzo di affezione, e consentisse, per riprenderli, a pagare una porzione proporzionale de' debiti, anche quando fosse maggiore del valore di tali beni, senza voler nulladimeno esporsi, accettando la eredità ordinaria, a pagarne anche di più; 2° se, avendo ricevuto liberalità dal *de cujus*, rinunziasse alla eredità ordinaria, per esimersi dalla collazione; dappoichè abbiamo osservato che l'accettazione della successione ne'beni donati non genera contro di lui questa obbligazione (*supra*, n. 486); 3° se volesse, accettando la eredità de'beni donati, vantaggiare, con la sua rinunzia alla eredità ordinaria, un parente più remoto cui la successione medesima sarà devoluta (art. 786, 2° comma); 4° da ultimo, qualora, avendo primieramente accettato la sola successione anomala ne' beni donati, e scorgendo trovarsi la massa più che assorbita da'debiti, aveva interesse ad esonerarsene altrettanto, col rinunziare almeno alla successione ordinaria (confr. Toullier, t. IV, n. 237; Duranton, t. VI, n. 210; Chabot, su l'art. 747, n. 16, e Belost-Jolimont, osserv. 4; Vazeille, art. 747, n.° 3; Marcadé, art. 747, n. 12; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 546; Massé e Vergé, t. II, p. 285; Demante, t. III, n. 56 bis, VI).

489. — Ma, in senso inverso, l'ascendente potrebbe forse rinunziare, come donante, alla eredità speciale, ed accettare, come il più prossimo parente nella sua linea, la eredità ordinaria?

Si è risposto mercè una distinzione:

Sì, si è detto, qualora trovisi in concorso

con altri eredi : allora essendo i beni confusi nella successione ordinaria , vi sarà nna sola eredità, la quale dovrà dividersi fra l' ascendente ed i suoi coeredi, in proporzione della parte per cui succede ciascun di essi ;

No, se sia solo chiamato ad ambedue le successioni (Mourlon, *Rep.scrit.* t. II, p. 57).

Avvisiamo pure affatto che, se l'ascendente trovisi in concorso con altri eredi, può rinunziare alla snccessione speciale ed accettare la successione ordinaria.

Ma per qual ragione non potrebbe così agire nel caso stesso in cui sia solo chiamato ad ambedue le snccessioni? Indubitatamente non potrà conseguire che i beni donati rimangano estranei alla successione ordinaria: la successione speciale essendo mancata per effetto della sua rinunzia , i beni donati rimangono quindi confusi nella successione ordinaria ; e l'ascendente, il quale l' abbia accettata , ve li troverà necessariamente ; ma ve li troverà nella sua qualità di erede ordinario e come un elemento dell'attivo della successione ordinaria. Or , ciò può essere sommamente importante nelle difficili quistioni di riserva e di quota disponibile,lequali possono sorgere allo obbietto , e la cui soluzione differiamo al titolo seguente (confr. *infra* , n. 494 ; Duranton, t. VI, n. 210; Demante, t. III, n. 56 *bis*, VI; Marcadé , art. 747, n. 447 ; Zachariae , Aubry e Rau, t. IV, p. 546).

490. — Essendo in libertà dell'ascendente, come abbiamo già avvertito, di accettare una delle snccessioni e rinunziare all'altra, puossi dimandare a qual cosa si applicherà la sua accettazione o rinunzia , quando , chiamato simultaneamente alle due successioni , avrà dichiarato semplicemente *accettare* o *rinunziare*.

Converrà ad evidenza dapprima , in simigliante caso , investigare tutte le circostanze di fatto, da cui potrebbe emergere la pruova della sua intenzione, sia di accettare o rinunziare alle due eredità , sia di accettare o rinunziare ad una di esse.

Ma, ammettendo (la qual cosa sarà indubitatamente alquanto rara) che l'accettazione o la rinunzia siasi fatta per guisa da non esservi assolutamente più ragione di applicarla ad una delle successioni anzichè all'altra, opineremmo, avverso il sentimento di Vazeille (art. 747, n. 4), che le due eredità si troverebbero così, sia accettate,sia rinunziate (confr.Toullier, t. II, n. 237; Marcadé, art. 747, n. 448).

491. — 6.° Gravi contese sorgono sul punto se la separazione, fra la successione speciale dell'ascendente donante e la successione ordinaria , sia tale che i beni donati non debbano andar compresi nella massa pel computo della quota disponibile e della riserva ; ed il ravvicinamento degli art. 747 e 922 — 670 ed 839 pone in campo, all' obbietto, una tesi delicata.

Ma la tesi medesima appartiene al titolo delle donazioni tra vivi e de' testamenti ; e noi la disamineremo dappoi a suo luogo nel comentare l'art. 922.

§ 2.

In quali casi abbia luogo il ritorno successorio stabilito con l' art. 747.

SOMMARIO.

492.—Quali sono i donanti cui l' art. 747 concede il ritorno successorio ?
493.—Continuazione.
494.—Del ritorno successorio conceduto all' adottante.—Rimando.
495.—Il ritorno successorio può forse competere al padre o alla madre nella successione del figlio naturale riconosciuto?
496.—Continuazione.
497.—Continuazione.
498.—L' art. 747 chiama a succedere l' ascendente donante, cioè colui medesimo e colui solo che abbia donato.
499.—Continuazione.
500.—Continuazione.
501.—Continuazione.
502.—Continuazione.—Rimando.
503.—Nella successione del figlio donatario il donante è chiamato ad esercitare il ritorno successorio.
504.— È uopo che il figlio o il discendente donatario sia trapassato senza prole.
505.—La prole del figlio donatario osta nulladimeno al ritorno successorio sol quando possa o voglia accettare la successione.
506.—Continuazione.—Quale è mai il significato del vocabolo *prole* adoperato nell' art. 747 ?
507.—È uopo forse che la prole del donatario sia nata dal matrimonio stesso a pro di cui siasi fatta la donazione ?
508.— Il figlio adottivo del donatario impedisce forse all' ascendente raccogliere le cose da lui donate?
509.—*Quid*, se il donatario abbia lasciato un figlio naturale riconosciuto?
510.—Continuazione.
511.—*Quid*, se il donatario abbia lasciato nel tempo stesso un figlio legittimo ed un figlio naturale riconosciuto?
512. — L' ascendente può raccogliere le cose da lui donate non solo nella successione dello stesso figlio donatario, ma eziandio in quella de' discendenti da questo figlio, il quale morisse, prima di lui, senza prole.

492. — Quali sono mai i donanti cui l'art. 747 — 670 concede il ritorno successorio ?

Gli *ascendenti* succedono, dichiara il predetto articolo.

Dunque tutti gli ascendenti legittimi indistintamente (appresso parleremo del padre e della madre naturali) (*infra*, n. 495) ;

Ma altresì i soli ascendenti.

Tutti gli ascendenti, primamente diciamo: non solo gli ascendenti paterni, ma eziandio gli ascendenti materni (confr.decis. C.di Grenoble 30 giugno 1829, Dallen, D., 1833, I, 289); non solo il padre o la madre, ma l'avo o l'ava, il bisavo o la bisava, comechè osservammo l'avo donante succedesse, ad esclusione del padre, nelle cose da lui donate (*supra*, n. 483).

Abbiamo soggiunto : ma i soli ascendenti. Dunque nessuno fra' collaterali, neppure il fratello donante verso il fratello, o lo zio verso il nipote, a differenza di alcune consuetudini di un tempo, le quali avevano esteso vieppiù il ritorno, ed il concedevano, come la consuetudine di Auvergne (art. 242), ai parenti collaterali, ed eziandio, come la consuetudine di Valenciennes, al donante estraneo (confr. Lebrun, lib. I, cap. V, sez. II, n. 5; Merlin, *Rep.*, v. *Riversione*, sez. II, § 2, art. 3, n. 6 e 7).

493. — Altronde è manifesto che questo diritto va attribuito allo stesso ascendente donante personalmente, e, trattandosi di una successione, può aprirsi ed effettuarsi sol quando lo stesso ascendente sia sopravvisuto al figlio donatario, e tale creditaria aspettativa non venisse trasmessa agli eredi, qualunque si fossero (*ved.* semplicemente all'obbietto l'art. 351 ed il nostro t. VI, n. 474; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 227 e 548; art. 725; *supra*, n. 482, 4).

Ma è manifesto che se l'ascendente sia sopravvisuto, questa particolare successione, apertasi a suo pro, ed onde è stato investito (art. 721 — 645), forma in avvenire parte della propria successione, e che la facoltà di accettarla o rinunziarvi trovasi *in bonis ejus*, trasmessibile ai suoi eredi, o legatarii e successori qualsivogliano (art. 784—698; confr. Toullier, t. II, n. 230 ; Chabot, art. 747, n. 7; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 229).

494. — Il ritorno legale viene conceduto al certo a tutti gli ascendenti legittimi.

Rispetto all'adottante, gli art. 351 e 352— 275 e 276 determinano il ritorno successorio cui può esser chiamato nella successione dell'adottato e de'suoi discendenti ; e questo diritto può eziandio, dopo la morte dell'adottante, appartenere, entro un certo limite, a'suoi discendenti.

Abbiamo esposto altrove questa particolare applicazione del ritorno successorio ; e dobbiamo rimetterci a quanto ne abbiamo detto (nel nostro t. VI, n. 475 e seg.)

Se non che qui soggiugniamo che il ritorno legale, in materia di adozione, ci sembra doversi applicare agli oggetti donati tra vivi dall'adottante all'adottato, sia dopo l'adozione, sia prima dell'adozione; dappoichè, da un lato, la donazione anteriore all'atto di adozione avrà quasi sempre avuto luogo mirando alla futura adozione; e, d'altro lato, la legge, richiedendo il concorso delle due qualità di adottante e donante nel momento in cui il ritorno successorio avvenga per la morte dell'adottato, non implica di necessità la idea che questo concorso abbia dovuto esistere nel momento stesso in cui siasi fatta la donazione (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 223; Massé e Vergé, t. II, p. 288).

495. — Ma il ritorno successorio può forse appartenere al padre o alla madre nella successione del suo figlio naturale riconosciuto?

Tal quistione non ha importanza nella ipotesi in cui il figlio sia stato riconosciuto da quello de'suoi autori che gli avesse fatto una donazione tra vivi ; dappoichè la intera successione del figlio trovandosi allora attribuita al padre o alla madre che l'abbia riconosciuto (art. 765 — 680) la cosa da lui donata vi si troverà compresa : allora la quistione offrirebbe interesse soltanto pel caso, alquanto raro, in cui il donante volesse attenersi semplicemente alla cosa donata, rinunziando alla successione degli altri beni (*supra*, n. 488).

Ma per contrario la quistione sorge in tutta la sua importanza, quando il figlio naturale sia stato riconosciuto simultaneamente dal padre e dalla madre.

Quello di essi che abbia fatto una donazione tra vivi al figlinolo medesimo può forse invocare allora il ritorno successorio ?

I sostenitori dell'affermativa sono moltissimi e sommamente convinti : Duranton dice *non muoverne il minimo dubbio* (t. VI, n. 224).

Puossi, in appoggio di cotesta dottrina, invocare due ordini di argomenti : alcuni desunti da' testi medesimi della legge ; gli altri da'motivi suoi e dal suo spirito :

1.° E primieramente, circa i testi, l'artic. 747 dichiara, con espressioni le più generiche, che gli *ascendenti succedono*, ec.: or il padre o la madre naturale è pure indubitata-

mente un *ascendente*; e, a norma dell'artic. 765, *succede* a suo figlio, è chiamato a *succedergli*: dunque trovasi compreso nella disposizione dell'art. 747.

Ne discende pure la pruova dall'art. 766—681, il quale conferisce il diritto di ritorno nella successione del figlio naturale a'figli legittimi del padre o della madre che l'abbia riconosciuto; la qual cosa suppone, dicesi, di necessità, *a fortiori*, trovarsi conferito al padre o alla madre, la quale abbia essa medesima fatta la donazione; avvegnachè, in tal materia, l'ascendente donante va sempre preferito al proprio figliuolo: quindi l'avo legittimo consegue, ad esclusione del proprio figliuolo, le cose da lui donate al nipote trapassato senza prole (*ved. pure* art. 351 e 352): dunque, potendo il figlio legittimo del padre o della madre che abbia riconosciuto il figlio naturale esercitare il ritorno legale nella costui successione, torna impossibile il non venire esercitato dal padre o dalla madre stessa, se sia sopravvissuta.

2.° Le tre principali considerazioni su cui poggia il ritorno successorio vengono qui in campo effettivamente con forza ed autorità maggiore che nelle successioni legittime (*supra*, n. 473).

Sarebbe men doloroso, per esempio, pel padre naturale il quale può avere attualmente legittimi figliuoli, scorgere i beni da lui donati al figliuolo trasmettersi, in parto almeno, alla madre, la quale gli è estranea, la quale forse ha proseguito i suoi disordini, la quale trovasi in avvenire, come sì spesso accade, affatto in rovina, e la quale parrebbe così scandalosamente ricevere la rimunerazione della sua cattiva condotta! L'ascendente legittimo! se non gli si fosse conceduto il ritorno successorio, sarebbe stato escluso dai proprii parenti, dal nipote, forse dal proprio figliuolo; e non pertanto si è voluto che fosse loro preferito! Non sarebbe forse manifesta contraddizione il non anteporre alla madre naturale il padre, la quale abbia fatto la donazione, e vice versa?

In secondo luogo è al certo cosa sommamente indispensabile del pari che altamente politica lo incoraggiare i genitori naturali a fare liberalità a' loro figliuoli, tanto più che possono esservi spesso inclinati meno de' genitori legittimi, ed il figliuolo naturale ha sempre maggiore bisogno del loro soccorso (*ved.* art. 764).

Da ultimo forse la premorienza del figlio naturale senza prole non fa del pari mancarla causa della donazione tra vivi fattagli dal padre o dalla madre, tanto più radicalmente in quanto che, giova ripeterlo, rimangono dopo di lui, per raccogliere i beni donati, soltanto persone estrance al donante?

È ben vero che un tempo Lebrun negava al padre ed alla madre naturali il ritorno successorio; ma poggiava la sua dottrina, sia sul non essere l'obbligo di dotare, cui andava sottoposto il padre legittimo, imposto al padre naturale, sia sul non succedere i genitori naturali *a'bastardi* (lib. I, cap. V, sez. II, n. 7 ad 11): or questi due argomenti tornano oggidì inefficaci, dappoichè l'obbligo di dotare non trovasi imposto al padre legittimo nè al padre naturale (art. 204 — 194), ed i genitori succedono al figlio naturale riconosciuto (art. 765).

Conseguentemente, per tale opinione, si conchiude che nulla impedisce, vigente il novello diritto, attribuirsi a' genitori naturali il ritorno successorio (confr. Duranton, *loc. sup. cit.*; Chabot, art. 747, n. 4; Ponjol, art. 841, n. 10; Marcadé, art. 747, n. 128; Vazeille, art. 747, n. 12; Benoît, *della Dote*, t. II, n. 89; Taulier, t. III, p. 153).

496. — In quanto a noi, avvisiamo non essere ben fondata tal dottrina.

Al certo noi non disconosciamo la gravezza de'motivi su cui è poggiata: tali motivi sono anzi, a creder nostro, sì degni di considerazione, che avremmo desiderato che il ritorno successorio si fosse conceduto altresì a' genitori naturali. Ma ciò che il legislatore avrebbe potuto, ciò che forse avrebbe dovuto fare, ci sembra indubitato non averlo fatto, e che è impossibile rinvenire questo ritorno successorio in veruno articolo del codice imperante:

1.° L'art. 747, pel luogo in cui giace e pel suo tenore medesimo, è inapplicabile al padre ed alla madre naturale.

Il codice ha trattato, in due distinti capitoli, delle successioni legittime o regolari (cap. III) e delle successioni irregolari (cap. IV); e non si potrebbero, senza arbitrio e senza profondo sovvertimento di tutta la economia della legge, tramutare le disposizioni di uno de'capitoli nell'altro;

Or l'art. 747 appartiene al capitolo III, il quale tratta delle successioni legittime; forma parte, in questo capitolo, della sezione IV, la quale tratta delle successioni devolute agli ascendenti legittimi;

Dunque è impossibile estenderlo al padre ed alla madre naturali.

Tanto più che per le stesse espressioni, adoperatevi, *ascendenti*, *figli e discendenti*, il predetto articolo ad evidenza dimostra determinare relazioni di famiglia legittima, non solo di padre e figlio, ma ancora di avo e nipote, relazioni inesistenti nella parentela naturale.

2.° Ed ora rinviensi forse, nel capitolo IV, *delle Successioni irregolari*, un ritorno successorio a pro del padre o della madre naturale?

Nè anche!

A norma dell'art. 765 la eredità del figlio naturale morto senza prole è devoluta al padre od alla madre che l'abbia riconosciuto; *ovvero per metà a ciascuno di essi, quando sia stato riconosciuto da entrambi. La eredità*, dichiara quell'articolo; la qual cosa comprende, senza alcuna eccezione, tutti i beni lasciati dal defunto, eziandio quelli che uno de' suoi autori gli avesse donati; e, eccetto quando un testo di legge chiami costui soltanto a raccoglierli, l'altro ad evidenza ha diritto, in forza dell'art. 765, di dimandare la metà de' beni donati, al pari di tutti gli altri beni;

Or non rinviensi alcun testo di legge il quale permetta, a quello de' due che avesse fatto una donazione al figliuolo comune, di raccogliere i beni donati, ad esclusione dell'altro;

Dunque tali beni rimangono di necessità nella totale successione, cui ciascun di essi è chiamato per metà.

È uopo aggiugnere che appositamente l'arcolo 765 si è così compilato. Alcuni membri del Consiglio di Stato è vero che avrebbero voluto concedersi al padre o alla madre naturale il ritorno successorio delle cose da lui donate, ma escludendolo compiutamente dalla successione di tutti gli altri beni, come un tempo praticavasi in alcuni parlamenti, e particolarmente in Grenoble (Denizart, v. *Ritorno*, n. 48): tal era segnatamente la opinione di Cambacérès; ma dalla discussione risulta che, per contrario, non si è conceduto al padre ed alla madre naturale il ritorno legale, per la ragione precisamente che venivano ammessi a succedere indistintamente in tutti i beni del figlio (confr. Fenet, t. XII, p. 32).

3.° Si è preteso dedurre, in senso opposto, un argomento *a fortiori* dall'art. 766—681, a norma di cui i figli legittimi del padre o della madre che abbia fatto la donazione al figlio naturale raccolgono i beni donati nella sua successione.

Ma è manifesto che tale argomento potrebbe farsi valere sol quando i figli legittimi dell'autore che abbia fatto la donazione succedessero ne'beni donati, ad esclusione dell'altro autore naturale superstite; dappoichè se non hanno, contro di lui, questo ritorno successorio, l'argomento, consistente nel sostenere che avendo i figli del donante premorto questo ritorno successorio avverso l'altro autore superstite, lo stesso donante debbe averlo altresì, *a fortiori*, svanisce compiutamente, se i medesimi figliuoli legittimi *non abbiano* questo ritorno successorio rispetto all' altro autore superstite.

Or precisamente, in conformità dell'art. 766, *in caso di premorienza del padre e della madre del figlio naturale*, i beni che questi avesse ricevuto da'medesimi passano a'fratelli e sorelle legittimi.

È vero essersi sostenuto esser sufficiente che il padre o la madre la quale aveva fatto la donazione fosse premorta, per potere il ritorno successorio de' beni da lui donati aver luogo a pro de'suoi figli legittimi, eziandio ad esclusione dell'altro autore del figlio naturale (confr. Duranton, t. VI, n. 338; Marcadé, art. 766, n. 2; Malpel, n. 164; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 765, osserv. 3; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 269, nota 6; P. Pont, *Rivista di legisl.* di Wolowski, 1846, t. II, p. 94 e seg.)

Ma la giurisprudenza ha proscritta questa dottrina (confr. decis. C. di Digione, 1 agosto 1818, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, 5, II, 409; di Rouen, 4 ag. 1820, Bachelet, Sirey, 1821, II, 313; di Parigi, 27 nov. 1845, Bayeux, Dev., 1846, II, 196).

Parecchi giureconsulti han preso a seguitare quest' ultimo sistema (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t, IV, p. 227; Massé e Vergé, t. II, p. 287; Demante, t. III, n. 85 *bis*, II; Cadrès, *De' figli naturali*, n. 214).

E, rispetto a noi, non esitiamo ad opinare esser questo partito effettivamente il migliore.

Tantosto torneremo su tal quistione speciale; se non che faremo qui valere due argomenti sufficienti a dimostrare il mezzo desunto dall' art. 766 essere, circa l'attuale nostra tesi, privo di ogni valore.

Da un lato è manifesto che l' art. 766 si annoda e forma seguela dell' art. 765, e che contempla una terza ed ultima ipotesi, dopo

le due ipotesi già contemplate con l'art. 765;
Or l'art. 765 ha contemplato:

1.° Il caso in cui il figlio naturale abbia lasciato il padre o la madre;

2.° il caso in cui abbia lasciato il padre e la madre;

Dunque il seguente art. 766 contempla il caso in cui non abbia lasciato *nè* padre *nè* madre. *In caso di premorienza del padre e della madre*. Tal è ad evidenza la economia e la progressione delle idee in questi due testi.

D'altro lato la successione de' figli legittimi ne'beni donati è paralella, nell'art. 766, alla successione de' figli naturali negli altri beni: ambedue van sottoposte allo stesse condizioni di esistenza e di apertura;

Or la successione de'figli naturali negli altri beni lasciati dal figliuolo naturale non esiste e non si apre al certo se non quando sieno premorti ambedue i genitori;

Dunque la successione de'figli legittimi nei beni donati può aprirsi altresì soltanto in questa ipotesi.

Dunque conchiudiamo che il padre naturale non vanta diritto di ritorno successorio verso la madre, nè reciprocamente. È tanto più *impossibile* estendere simil diritto alla successione irregolare, in quanto che constituisce, ad onta di tutto il favore che merita, una notevole eccezione al sistema generale della nostra legge, la quale non ricerca l'origine de'beni (art. 732—655), ed altronde le successioni irregolari, poggiando non sopra principî naturali di equità e di morale, ma su disposizioni positive ed arbitrarie di legislazione, non potrebbesi introdurvi tal prerogativa conceduta a' soli ascendenti legittimi (confr. Malpel, n. 166; Demante, t. III, n. 85 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 536; Zachariae, Aubry e Rau; Massé e Vergé *loc. supra cit.*)

497.—Del resto ciò che ci sembra indubitato si è che il diritto di ritorno successorio non competerebbe:

1° All' avo *naturale*, il quale avesse fatto una donazione al figlio legittimo del figliuolo da lui riconosciuto (*ved.* il nostro t. V, n. 552; arresto C. cass. 5 marzo 1849, Lebailly, Dev., 1849, I, 334; confr. nulladimeno, in senso opposto, un notevole consulto del nostro dotto collega Feuguerolles, Dev. 1847 II, 569);

2° Nè all' avo il quale avesse fatto una donazione al figlio naturale riconosciuto dal figliuolo legittimo (*ved.* il nostro t. V, n. 544, 545; Chabot, art. 747, n. 5; Toulier, t. III, p. 154; Poujol, art. 841, n. 10; Marcadé, art. 747, n. 129.)

498.—Altronde ben si comprende l'ascendente donante trovarsi chiamato dall'art. 747 —670 a raccogliere le cose *da lui donate*; essendo egli, secondo la formola abituale di Montvallon (cap. XI, art. 2), il solo che abbia donato.

499.—Era quistione controversa un tempo « se l'avo avendo donato al nipote, ed essendo morto, il diritto di riversione appartenesse al figlio. »

I parlamenti delle province di diritto scritto generalmente giudicavano a pro del padre in forza della legge 6 del Digesto, *De collatione bonorum*, pel motivo che il padre essendo tenuto di dotare la figlia, l'avo, dotandola, aveva semplicemente adempito a cotesta obbligazione; ed abbiamo osservato che taluni, per tal motivo, avevano attribuito la riversione al padre nel corso della vita stessa dell'avo donante (*supra*, n. 483).

Ma ne' paesi consuetudinari, in cui l'obbligo di dotare non veniva imposto al padre, statuivasi per contrario che la riversione legale non appartenesse mai, in simil caso, tranne all' avo stesso ed a lui solo (confr. Lebrun, lib. I, cap. V, sez. II, n. 42.)

E tal soluzione dovrebbe pure al certo ammettersi oggidì (confr. art. 204, 848—194, 767; Duranton, t. VI, n. 285, nota 2).

500.—Bisognerebbe così statuire eziandio nel caso in cui avesse il padre trasmesso al figlio l'oggetto donato, se egli medesimo lo avesse ricevuto dall' avo con l'obbligo di consegnarlo al nipote, e se venisse dimostrato in fatto essere stata una semplice persona intermedia (confr. Lebrun, *loc. supra cit.*, n. 18; Montvallon, cap. XI, art. 2, p. 139; Benoît, *della Dote*, t. II, n. 94).

501 — Ho donato a mio figlio un predio, e costui l'ha donato al proprio figliuolo, il quale muore dappoi senza prole.

Chi mai succederà, mio figlio ovvero io?

Tal quistione agitavasi da Pothier ne' termini medesimi; ed egli rispondeva, succederà mio figlio (*delle Success.*, cap. II, sez. II, art. 3, § 2; e nota 4 su l'art. 315 della cons. di Orléans).

Cotesta risposta non è cessata di essere ben fondata; dappoichè l'avo ha donato al figlio e non al nipote; e conseguentemente, nella successione del nipote, l'avo non è il donan-

to; e la cosa che vi si rinviene non vi si trova per effetto della sua donazione : essa non è la cosa da lui donata (*infra*, n. 512).

502.—Non dobbiamo qui investigare quale ascendente dovrà, secondo le diverse ipotesi, considerarsi come donante fra due conjugi, i quali avessero dotato la figlia o il figlio loro, o avessero fatto fra'loro figli la divisione dei loro beni.

Le quistioni che possono sorgere su tal punto tornerebbero qui fuori luogo; epperò ci riserbiamo risolverle al luogo opportuno (confr. art. 1075, 1438, 1439, 1543, ec.—1031 1356.)

Ci basta avere fermato il principio,cioè che il diritto di ritorno successorio appartiene all' ascendente , il quale debbesi considerare , come donante della cosa di cui trattasi.

Se non che è uopo sempre riflettere che tassativamente a pro dell' ascendente donante può aver luogo il ritorno dell' oggetto donato; dalla qual cosa è uopo inferire che,se più ascendenti avessero fatto congiuntamente una donazione tra vivi a loro pro , ciascuno di essi potrebbe venir chiamato a raccogliere soltanto la porzione dell' oggetto che esso medesimo avesse donato,e che la premorienza,la rinunzia o la indegnità de' suoi condonanti non produrrebbe,a suo pro, veruno accrescimento (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. VI, p. 549.)

503 — Nella successione del figlio donatario l' ascendente donante vien chiamato ad esercitare il ritorno successorio.

Altronde poco monta che il figlio donatario sia in primo,in secondo o in grado più remoto.

Gli ascendenti succedono, dichiara l' art. 747 , nelle cose da essi donate a' *loro figli* o *discendenti*.

A' loro figli, se il figliuolo medesimo abbia ricevuto la donazione dal padre o dalla madre ;

A' loro discendenti, se il nipote o la nipote, *nepos vel neptis*, abbia ricevuto la donazione dall'avo o dall'ava. ec. (*infra* n. 512).

504. — Ma è mestieri che il figlio o il nipote donatario sia trapassato *senza prole* (art. 747 —670.

Donando questa cosa al figlio , diceva Pothier, *glie l' ha donata tanto per lui quanto per la prole* (*delle Success.*, cap. II, sez. II, art. 3, § 2).

E non puossi allora pretendere esser mancata la causa della donazione.

Altronde non può riuscire menomamente spiacevole allo ascendente il vedere la cosa da lui donata al figlio o al nipote trasmettersi , per la morte del donatario, al nipote o al pronipote, il quale debbe essere per lui obbietto della stessa tenerezza, e cui preventivamente aveva rivolta la liberalità sua.

505. — Ma questi medesimi motivi dimostrano che la prole del figlio donatario osta al ritorno successorio sol quando possa e voglia accettare la eredità sua.

Dunque se i figli lasciati dal figlio donatario rinunziino ovvero sieno incapaci,o esclusi come indegni, è mestieri statuire che l' ascendente succederà nelle cose da lui donate.

Di fatti l' erede rinunziante (del pari che quello escluso come indegno) reputasi non essere stato mai erede (art.785 — 702) : è manifesto che la prole del donatario reputasi, rispetto all' ascendente donante, relativamente alle cose da lui donate , come se non esistesse, quando divenga estranea alla successione con la rinunzia sua o la sua indegnità, e quando le cose donate si trovassero quindi raccolte, in detrimento dell' ascendente donante, da persone diverse dalla prole stessa del donatario (confr. Lebrun, *delle Success.*, lib. I, cap. V, sez. II , n. 28 ; Chabot , art. 747. n. 11; Toullier, t. II, n. 241; Duranton t. VI, n. 218; Marcadé, art. 747, n. 3 ; Demante, t. III, n. 56 *bis*, VIII; Taulier, t. III, p. 157.)

506. — È evidente il vocabolo *prole* comprendere non solo i figli in primo grado , ma eziandio i nipoti, e conseguentemente il padre, per esempio, il quale abbia fatto una donazione al figlio, non potere pretendere il ritorno successorio, quando il figlio donatario muoia lasciando, dopo aver perduto il figlio , un nipote nato da costui, e pronipote del donante.

È del pari indubitato che i figli legittimati per susseguente matrimonio vi vanno pur compresi come i figli legittimi (art. 333 — 255).

507.— Vigente la nostra antica giurisprudenza erasi mosso dubbio se la prole del donatario , per formare ostacolo al ritorno legale dell' ascendente donante, dovesse esser nata dallo stesso matrimonio a contemplazione di cui erasi fatta la donazione;

Ovvero se bastasse che fosse nata da matrimonio anteriore o posteriore.

E parecchi titubavano su tal punto, massime quando si trattasse di figli nati da matrimonio posteriore alla donazione.

Non pertanto Lebrun insegnava, secondo

Cambolas, che « si considerano i due matrimonii come un solo, e che basta che rimanga figli per impedire che abbia luogo la riversione. » (Lib. I, cap. V, sez. II, n. 26, 27; agg. Montvallon. cap. XII, art. 2, p. 438).

Questa dottrina è al certo oggidì l'unica che possa venire ammessa; dappoichè l'articolo 747, dichiarando che l'ascendente raccoglie le cose donate da lui sol quando il donatario muoia *senza prole*, non ha limitato il significato generale di questa espressione: or i figli del donatario, da qualunque matrimonio sieno nati, da quello in contemplazione del quale siasi fatta la donazione, da un matrimonio anteriore o posteriore alla donazione, tutti questi figli costituiscono la prole del donatario: dunque, a norma del testo positivo della legge, formano ostacolo al ritorno successorio; ed effettivamente in ultima analisi sono tutti nipoti dell'ascendente donante.

È vero che la donazione di beni futuri per contratto di matrimonio si presume fatta soltanto a' figli e discendenti *nascituri dal matrimonio* (confr. art. 1082, 1089 — 1038, 1044); ma questa ipotesi è diversa; trattasi di rendere i figliuoli medesimi direttamente e personalmente donatarii mercè sostituzione volgare: soggiugniamo che questa donazione può farsi a' futuri sposi, non solo da' loro ascendenti, ma eziandio da estranei.

Ma nel caso contemplato dall'art. 747 la prole del donatario, la quale è sempre la prole del donante, forma altresì sempre, senza alcuna distinzione, ostacolo al ritorno successorio (confr. Chabot, sull'art. 747, n. 10; Duranton, t. VI, n, 217; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 223; Massé e Vergé t. II, p. 286, 287).

508.—Il figlio adottivo del donatario impedirebbe forse all'ascendente raccogliere le cose da lui donate?

Puossi sostenere per la negativa:

Da un lato che il vocabolo *prole* dinota in generale la prole del *sangue*;

D'altro lato che l'adottato è estraneo all'ascendente donante, il quale non l'ha compreso nella sua liberalità (art. 350—274; confr. pure, come analoghi, sotto alcuni rapporti, decis. C. di Bordò, 23 agosto 1834, Renard, Dev., 1834, II, 598; arresto C.cass. 14 febb. 1855, stesse parti, Dev., 1855, I, 185.)

Nulladimeno la opposta soluzione ci sembra migliore:

A norma dell'art. 350 — 274, l'adottato ha, su la eredità dell'adottante, gli stessi diritti che vi avrebbe il figlio nato in costanza di matrimonio: la stessa legge il dichiara;

Or la stessa legge altresì, con l'art. 747, determina nella successione del figlio la sorte della cosa donatagli dal suo ascendente;

Dunque, preferendo essa all'ascendente donante *il figlio nato in costanza di matrimonio*, debbe eziandio preferirgli il figlio adottato dal donatario, cui concede i medesimi diritti.

Non dimentichiamo trattarsi qui di semplice diritto di successione intestata, e di cui il legislatore è l'arbitro: or, avvisiamo che il legislatore ha benissimo potuto considerare che il figlio donatario, facendo adozione, aveva avuto lo intendimento di trasmettere al figlio prescelto la intera sua eredità, e che avrà voluto, potendolo, che lo intendimento medesimo venisse appagato. Ed avverrà quasi sempre, in simil caso, che l'adottante non volgerà la mente a testare precisamente perchè vorrà lasciare la totalità de' proprii beni al figliuolo medesimo da lui prescelto (confr. il nostro t. VI, n. 167; ed arresto C. cass. 2 dic. 1822, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, 7, I. 164; Delvincourt, t. II, p. 19, nota 7; Toullier, t. II, n. 240; Duranton, t. VI, n. 220; Chabot, art. 747, n. 13; Malpel, n. 134; Demante, t. III, n, 56 *bis*, IX; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 479; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 223; Massé e Vergé, t. II, p. 286.

509.—Ma che mai è da statuire, se il donatario abbia lasciato un figlio naturale riconosciuto?

Qual è mai, relativamente al ritorno successorio dell'ascendente, lo effetto della esistenza di cotesto figliuol naturale?

A norma di una opinione sommamente autorevole nella dottrina il figlio naturale formerebbe ostacolo al ritorno successorio per la porzione cui ha diritto nella eredità; e siccome questa porzione allora è della metà, essendovi almeno un ascendente del donatario, padre di questo figlio naturale (art. 757 — 674), così l'ascendente donante dovrebbe succedere nella metà delle cose da lui donate:

1°. L'art. 747, dicesi, chiama l'ascendente a succedere nelle cose da lui donate sol quando il figlio donatario sia morto *senza prole*;

Or tale espressione così adoperata senza restrizione comprende la prole naturale del pari che la prole legittima; e la pruova si è

che il legislatore, ne' casi in cui abbia voluto escludere la prole o la discendenza naturale, è stato solerte a dichiararlo, come negli art. 351, 352, 960—275, 276, 885.

2°. Altronde questa deduzione è unisona al sistema generale, in conformità del quale il nostro Codice ha determinato i diritti successorii de'figli naturali.

A norma dell'art. 757—674 il figlio gode, nella successione del padre o della madre che l' abbia riconosciuto, una porzione de' diritti che avrebbe goduti, so fosse stato legittimo;

Or, se fosse stato legittimo, avrebbe conseguito tutti i beni donati dall' ascendente;

Dunque debbe, come figlio naturale, conseguire almeno una porzione.

Di fatti è mestieri por mente da un lato, che precisamente su la totale eredità l' articolo 757 determina i diritti del figlio naturale, e d' altro lato che i beni donati dall' ascendente formano parte della eredità stessa; dappoichè il figlio donatario erane divenuto proprietario incommutabile: potrà spesso avvenire altresì che tali beni formino, per sè soli, tutta la eredità del figlio donatario; ed il sistema, onde pretendesi che il ritorno successorio dell' ascendente debba esercitarsi ad esclusione del figlio naturale del donatario, condurrebbe allora nientemeno che a dispogliare pienamente il figliuol naturale di tutti i suoi diritti successorii,ed eziandio della sua riserva.

3°. Da ultimo si soggiugne che questa dottrina deriva similmente dalla stessa natura del diritto dell' ascendente donante, diritto meramente successorio, ed il quale lascia al donatario la libera ed assoluta disposizione delle cose donate.

A cagion di esempio, è indubitato che il donatario stesso avrebbe potuto fare al suo figliuol naturale riconosciuto una donazione tra vivi o un legato in detrimento de' beni che il suo ascendente avevagli donati (*infra*, n. 520, 521).

Or, ciò premesso, vi sarebbe stata da parte del legislatore una duplice contraddizione nello statuire che il figlio naturale non formi, per alcuna porzione, ostacolo al ritorno successorio; avvegnachè, da un lato, il donatario, mercè il riconoscimento stesso da lui fatto del figliuol naturale, ha virtualmente disposto a suo pro di una porzione de' beni donati, corrispondente a quella che la legge medesima attribuisce al figliuolo medesimo nella sua eredità; e d' altro lato il legislatore il quale deferisce tutte le successioni secondo le affezioni e la volontà presunte del *de cujus*, non poteva disconoscere qui la volontà che aveva al certo il donatario di lasciare al figlio naturale una parte almeno delle cose donate (confr. Delvincourt, t. II, p. 19 nota 7; Toullier, t. II, n. 240; Duranton, t. VI, n. 249; Chabot, art. 747, n. 14, e Belost-Jolimont, *Osserv.* 2; Malpel. n. 134; Poujol, art. 747, n. 12; Favard de Langlade, v. *Successione*, sez. III, § 2, n. 8; Marcadé, art. 747, n. 3; Vazeille, art. 747, n. 17, Fouet de Conflans, art. 747, n. 6; Taulier, t. III, p. 154, 155; Demante, t. III, n. 56 *bis*. IX; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p.224; Rodière, *Osserv. sul giudicato del* 9 *agosto* 1854 (*cit. infra*), *Giorn. del Foro*, t. I, del 1856, p. 244).

510.—Per contrario, quanto a noi, avvisiamo che il figlio naturale del donatario non formi, in verun modo, ostacolo al compiuto esercizio del ritorno successorio dell' ascendente donante:

1°. Primieramente opporremo alla su esposta dottrina il seguente dilemma:

O il figlio naturale vien dinotato col vocabolo *prole*, come rinviensi adoperato nell' articolo 747;

O non vien dinotato col vocabolo medesimo.

Nel primo caso forma ostacolo, per lo intero, al ritorno successorio;

Nel secondo caso non vi forma, al contrario, ostacolo per veruna parte.

Comprendiamo l'uno o l'altro di questi due sistemi; ma stentiamo a comprendere il sistema misto, a norma di cui il figliuol naturale formerebbe e non formerebbe simultaneamente ostacolo al ritorno.

Di fatti, in conformità dell' art. 747, l' ascendente succede *ad esclusione di tutti gli altri* nelle cose da lui donate quando il donatario muoja *senza prole*.

È questa la testual disposizione! tutto o nulla; sì o no, se lice così esprimermi.

Se vi sia *prole* il ritorno successorio non ha luogo affatto.

Se non ve ne sia, ha luogo.

E sostenere che ha luogo, è sostenere di necessità aver luogo pienamente, senza veruna concorrenza; dappoichè, quando succeda nelle cose da lui donate, l' ascendente succede sempre solo, *ad esclusione di tutti gli altri !*

Or il pretendere che il figlio naturale escludesse pienamente l' ascendente donante tor-

nerebbe impossibile! di fatti il figlio naturale non esclude giammai alcuno de'parenti legittimi (art. 757, 758 — 674).

Ed ecco come, nella impossibilità di far escludere affatto l'ascendente donante dal figlio naturale, e non volendo ammettere che il figlio naturale venisse affatto escluso dall'ascendente, si è disceso a quella specie di transazione per noi esposta.

Ma crediamo che questa transazione sia impossibile, e che il figlio naturale non possa invocare, in sostegno della sua pretensione su le cose donate, nè l' art. 747, nè l' art. 757, nè i principi generali della subbietta materia.

2° Primieramente che il vocabolo *prole*, adoperato nell'art. 747, non si applichi al figlio naturale, ne discende la pruova dal luogo stesso nel quale trovasi detto articolo nel capitolo III, il quale risguarda le sole successioni regolari e determina unicamente le relazioni ereditarie prodotte dalla parentela legittima (*supra*, n. 496).

Soggiugniamo che quel vocabolo, il quale in generale, nelle disposizioni della legge o dell' uomo dinota la prole legittima (confr. decis. C. di Bordò 4 dic. 1851, Masson, Dev. 1852, II, 35), trovasi, qui specialmente circoscritto a dinotare questa prole da tutti gli articoli precedenti e susseguenti il predetto art. 747 e ne' quali i vocaboli *prole, figli discendenti ed ascendenti* esclusivamente dinotano i membri della famiglia legittima (confr. art. 746, 748, 749, 750, 754—668 669, 671, 672).

È ben vero che in altre materie il legislatore ha creduto dover aggiugnere il vocabolo *legittimo* alle parole *figlio*, o *discendente*, o *prole* (art. 351 e 960 — 275 ed 885); ma la corte di cassazione ha con sommo fondamento risposto *che tali materie non implicavano di per sè la esclusione de' figli naturali*, ed allora è sembrato prudenza antivenire i dubbii che avrebbero potuto sorgere.

Siffatto dubbio era improbabile nell' art. 747; e ciò torna tanto vero in quanto che taluni de'propugnatori della dottrina da noi oppugnata convengono essere impossibile fondare, su l'art. 747, il diritto del figlio naturale, rimpetto all' ascendente donante, ed invocano per lui il solo art.757—674 (confr.Aubry e Rau sopra Zachariae,t. IV, p.224,nota 11).

3° Ma ci sembra che il predetto art. 757 non favoreggi più dell' art. 747 cotesta dottrina.

Si afferma: l'art. 757 concede al figlio naturale, in concorso col suo ascendente, la metà della eredità totale de' suoi genitori: or i beni donati dall' ascendente formano parte della eredità medesima: dunque il figlio naturale debbe conseguirne la metà.

Ma agevole è ravvisare il vizio di questo argomento:

No! i beni donati dall' ascendente non formano parte della eredità ordinaria del figlio donatario, se abbia luogo il ritorno successorio; dappoichè, se ha luogo, i beni donati formano per contrario una speciale eredità; affatto distinta ed indipendente dalla successione negli altri beni; ed allora l'ascendente donante succede nelle cose da lui donate *ad esclusione di tutti gli altri*;

Or abbiamo ravvisato che il ritorno successorio ha luogo ad onta della esistenza di un figlio naturale del donatario; dappoichè costui non va dinotato dal vocabolo *prole*;

Dunque è affatto mal fondato il sostenere che i beni donati formano allora parte della eredità ordinaria su cui trovansi determinati i diritti del figlio naturale.

L' opposto sistema potrebbe andare incontro a gravissimi impacci. Che mai praticherebbesi, per esempio, se l'ascendente donante accettasse la successione particolare ne'beni da lui donati, e rinunziasse alla eredità ordinaria, e se, per tal rinunzia, la successione ordinaria si trovasse devoluta a parenti, avverso i quali il figlio naturale godrebbe i tre quarti (art. 757); qual parte attribuirebbesi mai al figlio naturale nella successione ai beni donati? forse i tre quarti? ma ciò riuscirebbe impossibile avverso un ascendente! La metà! ma allora voi stesso ammettete due distinte successioni!

L'argomento consistente nel sostenere che se i beni donati dall' ascendente formassero tutta la eredità del donatario, il figlio naturale verrebbe tenendo dietro al nostro sistema, dispogliato di ogni diritto successorio, non ci scuote menomamente. E di fatti, se l' ascendente nulla avesse donato, forse non sarebbe accaduto lo stesso? Altronde tale ipotesi annodasi all'altra quistione più generale, o che ci riserbiamo trattare, se i beni donati dall'ascendente debbano comprendersi nella massa pel determinamento della quota disponibile e della riserva (*supra*, n. 491);

4.° Da ultimo la dottrina da noi propugnata è inoltre, a parer nostro, la più unisona ai principii generali ed a tutta la teorica su cui

poggia, nel nostro diritto, il ritorno successorio.

Si obbietta che se il donatario avesse disposto a pro di suo figlio naturale de'beni donati, sia tra vivi, sia per testamento, la disposizione sarebbe valida. Eh! indubitatamente, dappoichè allora i beni non si troverebbero più nella successione intestata, e la stessa legge non avrebbe più il carico di regolarne la devoluzione.

Ma, per contrario, quando il donatario stesso non abbiane disposto, quando la cosa sia, dire, quasi giacente, ed al legislatore medesimo appartenga determinarne la sorte, il legislatore poteva al certo, o piuttosto doveva, in conformità dello essenziale pensiero che inspirò lo stabilimento del ritorno legale, far ritornare la cosa all'ascendente donante, ad esclusione del figlio naturale del donatario; avvegnachè indubitatamente l'ascendente non ha compreso nella sua benefica volontà quel figliuolo naturale, che gli è legalmente estraneo, e la cui medesima esistenza è una macchia per la sua famiglia; e conseguentemente la causa della sua liberalità trovasi svanita per la premorienza di suo figlio donatario: or son queste le due principali ed essenziali considerazioni, le quali han fatto introdurre il ritorno successorio. Come! lo ascendente esclude il proprio figliuolo, il fratello legittimo del donatario! e non escluderebbe il figlio naturale di costui! Rodière (*loc. supra cit.*, n. 509) ha insegnato che è uopo, per determinare quel ritorno successorio, *non attenersi allo intendimento del donante, ma allo intendimento del donatario.* Ma crediamo aver egli disconosciuto in ciò il carattere di *riversione* onde rinviensi impresso cotesto diritto di *successione*; avvegnachè la riversione precisamente poggia su lo intendimento del donante il cui voto fu deluso (*supra*, n. 480).

Nè dicasi avere il donatario disposto a pro del figlio naturale della cosa donata sol perchè l'abbia riconosciuto.

Tale assunto sarebbe troppo mal fondato. No! In ciò non riuviensi disposizione, alienazione qualsivoglia della cosa donata; ma semplice riconoscimento, val dire un atto dello stato civile, onde stabilisconsi rapporti di paternità e di filiazione; ma, circa gli effetti che ne emergono, e segnatamente circa il diritto del figlio riconosciuto su la successione intestata del suo autore, la legge stessa e la sola legge supremamente li determina.

Ed all'obbietto, essa attiensi alla equità, alla morale ed alla onestà. È questa la ragione per cui non volle che il figliuolo naturale formasse menomamente ostacolo al ritorno successorio dell'ascendente donante: essa già non avevalo preteso in materia di adozione (art. 351—275) e da parte sua sarebbe stata manifesta contraddizione il pretenderlo in materia di legittima successione (confr. arresto C. cass. 3 lug. 1832, Lépine, D., 1832, I, 295; decis. C. di Douai, 14 maggio 1851, Houlier, Dev. 1851, II, 497; arresto C. cass. 9 agosto 1854, stesse parti, D., 1854, I, 265; Legentil, *Dissertazioni giuridiche*, p. 42.88; Paolo Pont, *Rivista critica di giurispr.*, 1852, p. 12, 13; Massé e Vergé; sopra Zachariae, t. II, p. 326).

511. — Del rimanente noi stessi ammettiamo che, nel caso in cui il figlio donatario abbia lasciato contemporaneamente un figlio legittimo ed un figlio naturale, costui può esercitare su la totale credità, compresivi i beni donati, i diritti che l'art. 757 gli conferisce.

Imperocchè allora la particolare successione dell'ascendente non si apre affatto, avendo il donatario lasciato prole legittima; e dal non aprirsi conseguita tutti i beni indistintamente formare una sola massa ed una eredità unica.

La stessa soluzione dovrebbesi emettere nel caso di un figlio adottivo, il quale si trovasse in concorso con un figlio legittimo dello adottante sopraggiunto dopo l'adozione: la medesima soluzione dovrebbesi, diciamo, emettere altresì da coloro i quali divisassero che l'adottato stesso ed egli solo non formerebbe ostacolo al ritorno successorio fermato con lo art. 747.

È questa una delle ipotesi, spessissimo incontrate nel diritto, in cui applicasi la ben nota massima: *Non est novum in jure, ut quod quis ex persona sua non habet, ex persona alterius habeat* (conf. Pothier, *delle Success.*, cap. II, sez. II, art. 3, § 4.)

512. — Intorno a questa parte del nostro subbietto ci rimane a risolvere una ultima quistione, cioè se l'ascendente possa raccogliere le cose da lui donate non solo nella successione dello stesso figlio donatario, ma eziandio in quella de' discendenti del figlio medesimo, i quali morissero eziandio prima di lui senza prole. (Confr. art. 951—870).

Per l'affermativa sonosi invocate le tradizioni dell'antico diritto; talune analogie de-

sunte da più articoli del nostro Codice, ed i motivi essenziali su cui poggia il ritorno successorio.

1° Affermasi essere massima invalsa un tempo, particolarmente sotto lo impero delle consuetudini di Parigi e di Orléans, che *il donante succede nelle cose da lui donate non solo nella successione del figliuolo cui ha donato..., ma, eziandio in quella del figlio di questo figliuolo, il quale le consegui nella succesione del padre*. Così esprimesi lo stesso Pothier (sull' art. 315 della cosuetudine di Orléans, nota 4; agg. *delle Success.*, cap. II, sez. II, art. 3, § 2; Brotonnier sopra Henrys, lib. II, cap. V, quist. 42; Ricard, *delle Donaz.* III° part., cap. VII, sez. IV, n. 786);

Or l' art. 747 trovasi quasi testualmente conceputo negli stessi termini degli art. 315 della consuetudine d'Orléans e 313 della consuetudine di Parigi;

Dunque debbesi divisare che i compilatori di questo articolo, riproducendo la stessa formola, han voluto che continuasse a ricevere la stessa interpretazione tanto nel nuovo quanto nell' antico dirito.

2°. L' art. 352—276 positivamente dichiara che « se, durante la vita dell' adottante, e « dopo la morte dell'adottato, i figli o discen« denti lasciati da questo morissero essi pure « senza prole, l' adottante succederà nelle co« se da lui donate. »

Or, rinverrebbesi una specie di contraddizione nella legge la quale, in due ipotesi cotanto simiglianti, negasse all' ascendente donante una prerogativa da essa conceduta all' adottante.

3°. Da ultimo aggiugnesi che i motivi su cui poggia il ritorno successorio richieggono altresì questa soluzione. Di fatti forse l' ascendente non è ancora molto più degno di commiserazione e di favore, quando abbia veduto cessar di esistere due generazioni de' suoi discendenti? Forse la causa della sua liberalità non trovasi allora sparita, ed anche nel modo più lacrimevole per lui? (Confr. decis. C. di Tolosa 16 apr. 1810, Picot, Dev. e Carr., Collez. *nuova*, III, II, 258; Delvincourt, t. II, p. 19, nota 7; Malleville, t. II, p. 217; Vazeille, art. 747, n. 19; Garabis, *Rivista straniera e francese*, 2ª serie, t. III. p. 496.)

Non pertanto cotesta soluzione non ha trionfato; e puossi oggidì risguardare la opposta soluzione come indubitata nella giurisprudenza e nella dottrina.

Di fatti essa ci pare anche certamente la migliore sotto l' impero del nostro Codice:

1°. Innanzi tratto osserveremo che la tesi in esame non era stata, nell' antico diritto, così unanimamente risoluta come si pretende. Lo stesso Lebrun, fermandola, comincia dal dire *esser questa una delle più procardiche quistioni della subbietta materia* (lib. I, cap. V, sez. II, n. 32). Non pertanto è ben vero che il sentimento più generale favoreggiava l' ascendente; ma eran sempre perdurate alquanto numerose divergenze (confr. Périer, quist. 53; Cambolas, lib, I, cap. V; Ferrière, sull' art. 313 della consuetudine di Parigi; Lapeyrere, lettera A, n. 116, e lettera, n. 220; Laroche-Flavin, lib. VI, tit. XLI, articolo, 15; Catelan, lib. V, cap. VIII).

Soggiugniamo, relativamente all'antico diritto su tal quistione, che il ritorno successorio dell' ascendente era un tempo un semplice modo di successione ne'beni proprii: or il medesimo motivo, il quale aveva fatto chiamare l'ascendente a raccogliere nella successione del figlio donatario lo immobile da lui donato, cioè esser questo immobile uno dei beni proprii dal suo lato e linea, esisteva parimente nella successione del figlio del donatario, in cui lo immobile stesso aveva pure la qualità di bene proprio; ed il vero si è che, secondo tal base del ritorno successorio, eranvi tante ragioni per concederlo nella successione del discendente del donatario quante in quella dello stesso donatario. Ma oggidì non riconosconsi più beni proprii nè acquistati; epperò non è più possibile invocare la ragione che un tempo facevasi valore per concedere il ritorno successorio all' ascendente nella successione de' discendenti dal figlio donatario.

Ciò premesso, il novello legislatore conosceva lo stato di tal quistione sotto l' impero dell' antico diritto; epperò, se si è espresso in guisa da negare in tal caso all' ascendente donante il ritorno successorio, ad evidenza la ragione si è aver voluto in questo senso rimuovere l' antica contesa.

Or il testo medesimo dell' art. 747 non può lasciare all' obbietto verun dubbio.

2°. Di fatti, in conformità di questo articolo, l' ascendente vien chiamato a succedere nelle cose da lui donate, e conseguentemente nella sua qualità di donante, nella successione del figlio o del discendente personalmente donatario;

Or, nella successione del discendente del figlio solo donatario, 1° la cosa non è più la

cosa *donata*; essa trovasi acquistata dal *de cujus* a titolo successorio; *essa ha posto radice*, come dicevasi un tempo, nella sua persona; 2° l'ascendente non è *donante*: questa cosa non rinviensi posta dalla sua liberalità nella eredità attuale in cui si trova; 3° finalmente colui della succession del quale trattasi non è *donatario* dell'ascendente;

Dunque non campeggia veruna delle condizioni richieste dall'art. 747 per l'esercizio del ritorno successorio.

Sarebbe privo di fondamento il sostenere che gli stessi discendenti del figlio donatario sono personalmente donatari! Il sono si poco che, se non avessero accettato la successione del figlio donatario premorto, non avrebbero avuto alcun diritto alle cose donate dall'ascendente: dunque essi le hanno raccolte nella loro qualità di eredi.

È ben vero che, nel caso contemplato dall'art. 1089—1044, la donazione di beni futuri reputasi fatta a' conjugi ed a' loro figli o discendenti; ma effettivamente trattasi di donazione di beni futuri, la quale non ha investito i donatari e diviene semplicemente *caduca* per la premorienza del donatario e della sua prole.

È pur vero che, nell'art. 352 — 276, il legislatore chiama l'adottante a raccogliere le cose da lui donate nella eredità de'discendenti dell'adottato morto prima di lui senza prole; ma precisamente la legge, la quale si è così positivamente spiegata, quando ha voluto estendere sino a quel punto il ritorno successorio, nulla di simigliante ha praticato con l'art. 774—670, onde per contrario a chiare note circoscrive il ritorno al caso di premorienza dello stesso donatario senza prole: ed altronde ben si comprende la ragion di differenza che ha potuto muovere il legislatore; cioè che i parenti, gli eredi ordinari dell'adottato sono estranei all'adottante, e, se esso medesimo non raccoglie i beni da lui donati, tali beni saranno per sempre perduti per la sua famiglia, mentre non avviene così do'parenti de'discendenti del figlio donatario rimpetto allo ascendente donante; ed è questa altresì la ragione per cui l'art. 351 — 275 concede a' discendenti dell'adottante un diritto di ritorno successorio, non conceduto dall'art. 747 a' discendenti dell'ascendente donante.

3° Cotesto argomento desunto dal testo dell'art. 747 — 670 ci sembra convincente; e, per quanto favore meritar possa il diritto dell'ascendente donante, constituisce sempre, nel sistema generale del nostro Codice, una eccezione affatto speciale; dappoichè vi si ha riguardo alla origine de'beni per determinarne la successione (art. 732—655): or una eccezione di questo genere non potrebbesi estendere.

Altronde non potrebbe venire estesa senza andare incontro a difficoltà effettivamente insolubili. Qual sarebbe, a cagion di esempio la soluzione dell'opposto sistema, nella seguente ipotesi: il padre ha donato una cosa al figlio, il quale l'ha donata al proprio figliuolo, nipote del primo donante (*supra*, n. 501. *ll* nipote muore senza prole prima dell'avoe del padre; quale di essi, l'avo o il padre, potrebbe allora esercitare il ritorno successorio? Pothier risponde che *il padre, come il più prossimo parente e come il donante immediato, debbasi preferire all'avo* (*loc. supra cit.*) Ma ciò tornerebbe oggidì affatto arbitrario: in questa successione affatto speciale, cui l'ascendente donante vien chiamato *ad esclusione di tutti gli altri*, non vi è più prossimo parente nè più rimoto: e se l'avo ed il padre dovessero ambedue considerarsi come donanti la cosa stessa in tale successione, il vero si è non rinvenirsi alcuna ragione, in *tal* sistema, per attribuirla all'uno anzichè all'altro.

Dunque non esitiamo a conchiudere che il padre, in tal caso, sarebbe il solo donante, e che conseguentemente a lui solo competerebbe il ritorno successorio.

Si accagiona alla nostra soluzione la durezza sua verso l'ascendente; anzi si è supposto un caso in coi la durezza medesima, dicesi, tornerebbe effettivamento eccessiva; cioè quello in cui la figlia dotata dal padre, essendo morta nel dare in luce il primogenito, questo medesimo trapassasse poco tempo, qualche ora o meno pure dopo la madre sua: la sua sopravvivenza, comechè breve, gli avrebbe sempre fatto conseguire la eredità della madre; e conseguentemente, secondo il sistema onde viene all'ascendente negato il ritorno successorio nella successione del nipote, il vero si è che l'ascendente stesso trovasi qui dispogliato della cosa per così dire nel momento stesso della morte della figlia donataria, senza che la cosa medesima abbia avuto il tempo di *prendere radice* in persona del nipote!

Non risponderemo, come si è praticato da altri (Marcadè, art. 747, n. 4), che l'ascendente debba accagionare a sè stesso il non

avere stipulato il ritorno convenzionale. Tal risposta non è qui, a creder nostro, pienamente soddisfacente ; avvegnachè precisamente il ritorno successorio venne introdotto pel motivo che l' ascendente spesso , per essere più liberale verso il figliuolo, non avrà voluto conferirgli semplicemente un diritto risolvibile. Ma, nello ammettere che il caso in esame tornerebbe favorevolissimo per lo ascendente, diremo andar sempre compreso nella regola dalla legge fermata , e non poter neppure venire eccettuato appena stabilita la regola medesima (confr. decis. C. di Agen 20 feb. 1807, Cathus, Sirey, 1807 , II, 204 ; di Tolosa 9 genn. 1815, Pélissier, Dev. e Car. , *Collez. nuova*, 5 , II, 5 ; arresto C. cass. 18 ag. 1818, Grellet, Sirey, 1818 , I, 370 ; di Nimes 14 mag. 1819, Nury, Sirey, 1820, II, 38; arresto C. cass. 30 nov. 1819, Gouneau, Sirey, 1820, I, 107; decis. C. di Agen, 9 novembre 1847, Delafayé, D., 1848, II, 33; arresto C. cass. 20 marzo 1850, stesse parti, Dev. 1850, I, 388; decis. C. di Bastia 21 ag. 1848, Benetti, Dev., 1849, II, 121; Merlin, *Rep.*, v. *Riserva*, sez. II, § 2, n. 3, e v. *Success.*, sez. III, § 2, n. 1 ; Toullier, t. II , n. 243; Duranton, t. VI, n. 216 ; Chabot , art. 747; n. 12; Malpel, n. 133; Poujol, art. 747 n. 22; Demante, t. III, n. 56 *bis*; Taulier, t. III, p. 156; D., *Rac. alfab.* (nuova ediz.), v. *Succes.* t. XLI, p. 217, 219, n. 253, 254).

§ 3.

A quali cose si applichi il ritorno successorio.

SOMMARIO.

513. — E primieramente è uopo che la cosa siasi donata, cioè lasciata a titolo gratuito dall' ascendente.
514. — È mestieri che siasi donata tra vivi.
515. — Ma, essendovi donazione tra vivi , la cosa donata va sottoposta al ritorno successorio in qualunque modo siasi fatta la donazione.
516. — Il ritorno legale applicasi ad ogni specie di beni donati, mobili o immobili, corporali o incorporali.
517. — È uopo che gli oggetti donati si trovino in natura nella eredità. — Esposizione.
518. — L' ascendente succede: A, sia nella cosa donata , se trovisi in natura; — B, sia nel prezzo ancora dovuto della cosa alienata; — C, sia nell' azione di precapienza , che potesse avere il donatario.
519. — A. E primieramente la regola essenziale a questo obbietto si è che l'ascendente succede negli oggetti medesimi da lui donati, quando tali oggetti trovinsi in natura cioè *in specie*, identicamente gli stessi. — Conseguenze.
520. — *Quid*, se il figlio donatario abbia alienato l' oggetto a titolo gratuito con donazione tra vivi o con donazione di beni futuri.
521. — *Quid*, se il donatario abbia disposto per testamento dell' oggetto donato ?
522. — L' ascendente donante ha forse diritto , in questa qualità, ad una riserva su' beni donati ?
523. — In quali casi il figlio avrà disposto, in tutto o in parte de' beni donati ?
524. — B. Se gli oggetti siensi alienati, l' ascendente ne consegue il prezzo, il quale può tuttora esser dovuto. — Come spiegare tal disposizione ?
525. — Continuazione. — *Quid*, se il donatario che abbia venduto l' oggetto avesse rinunziato al diritto di dimandare la risoluzione per mancanza di pagamento del prezzo , ovvero se l' avesse perduto ?
526. — Continuazione.
527. — *Quid*, se l' oggetto donato siasi alienato mercè di una rendita ?
528. — Quando il prezzo siasi pagato, il diritto di ritorno rimane irrevocabilmente escluso.
529. — C. Gli ascendenti succedono altresì all' azione di ricupera che poteva competere al donatario. — Spiegazione.
530. — Esempi di azioni di recupera.
531. — Della precapienza matrimoniale.
532. — Continuazione.
533. — Continuazione.
534. — Continuazione.
535. — L' ascendente succede nelle azioni di recupera a condizione di soddisfare solo a tutti i pesi cui il loro esercizio può dar luogo.
536. — Il ritorno successorio potrebbesi forse esercitare, se la cosa che l' ascendente avesse donata dopo essere stata irrevocabilmente alienata dal figlio donatario , fosse dappoi tornata, sotto novello titolo *ex alia causa* nel suo patrimonio ?
537. — Continuazione.
538. — Raccapitolazione. — Passaggio.
539. — Esposizione di una teorica diversa da quella enunciata intorno allo art. 747, relativamente alla quistione a quali cose si applichi il ritorno successorio.
540. — Continuazione. — Esame e censura di questa teorica nelle sue tre precipue applicazioni:
541. — A. L'ascendente succederà forse nella cosa che il figlio donatario avesse conseguita in vece di quella da lui donatagli ?
542. — Continuazione.
543. — B. L' ascendente può forse succedere negli oggetti acquistati dal donatario col prezzo provegnente dall' alienazione degli oggetti, mobili o immobili donatigli , almeno quando siavi stata, nell' atto di acquisto, dichiarazione della origine del danaro o dello impiego ?
544. — C. Il ritorno successorio è forse possibile, ed in quali casi, e sotto quali condizioni, quando l' ascendente abbia donato del contante o derrate, come grano, vino, o crediti, rendita iscritta, azioni industriali qualsivogliono?
545. — Continuazione.
546. — Continuazione.
547. — Continuazione.
548. — Raccapitolazione. — Conchiusione.

513. — Gli ascendenti, dichiara l'art. 747 — 670, succedono *nelle cose da essi donate.*

E primieramente ben si comprende essere uopo che la cosa siasi *donata*, val dire che il titolo, in forza di cui è stata trasmessa dallo ascendente al proprio discendente, sia stato un titolo lucrativo, una liberalità.

Dalle quali cose conseguita che il ritorno legale non potrebbe aver luogo, relativamente alle cose trasmesse con atti effettivamente a titolo oneroso, anche quando tali atti fossero stati impropriamente qualificati donazioni (confr. decis. C. di Nancy 31 genn. 1833, Baradel, D., 1834, II, 172; sentenza del trib. civ. della Senna 6 lug. 1849, Rossignol, D., 1849, III, 76; agg. decis. C. di Agen 12 luglio 1836, Sousseyrac, D., *Rac. alfab.* (nuova ediz.), v. *Success.*, tom. XLI, pag. 212, n. 228.)

514. — Ad evidenza trattasi altresì delle cose donate tra vivi, provegnenti dall'ascendente, e quindi suscettive di tornare a lui ereditariamente (art. 894, 938, 1081 — 811, 862, 1037.)

Il ritorno successorio, di sua natura, non potrebbesi applicare a' legati nè alle donazioni di beni futuri per contratto di matrimonio.

In caso di premorienza del legatario al testatore, o del donatario di beni futuri al donante, il legato o la donazione sono caduchi (art. 1039, 1089 — 994, 1014); e la caducità, per cui il disponente non si reputerà mai dispogliato esclude essenzialmente ogni specie di diritto di ritorno (confr. arresto C. cass. 12 giugno 1832, Bergay, D., 1832, 1, 225; Duranton, t. VI, n. 200.)

515. — Ma, tostochè siavi stata donazione tra vivi la cosa donata va sottoposta al ritorno successorio, in qualsiasi modo altronde siasi fatta la donazione:

A. Per contratto di matrimonio o per ogni altro modo di donazione tra vivi (confr. arresto C. cass. 30 nov. 1819, Gouneau, Sirey, 1820, I, 107; decis. C. di Grenoble 16 genn. 1828, Pion, D., 1828, II, 241; Merlin, *Rep.*, v. *Riserva*, sez. II, § 2, n. 3);

B. Mercè di attribuzione di quote in una divisione fatta da un ascendente tra' suoi figli o discendenti (art. 1075 — 1031; confr. decis. C. di Mompellieri 11, apr. 1833, Deltour, D., 1833, II, 172; decis. C. di Lione 2 apr. 1840, Naville: e decis. C. di Douai 14 maggio 1854, Houlier, Dev., 1851, II, 497, e nota 1; Merlin, *Rep.*, v. *Divisione di ascendenti*, n. 19; Grenier, *delle Donaz.* t. I, n. 398; Toullier, t. V, n. 814; Grenier *delle Donaz.*, n. 398; Genty, *delle Divisioni di ascendenti*, p. 285; Marcadé, art. 1078, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V. p. 478; Massé e Vergé, t. II, p. 288;

C. A titolo di anticipazione di eredità o anticiparte e con esenzione dalla collazione (art. 843, 919—762, 835);

D. Direttamente o indirettamente (arg. dall'art. 843);

E. Sia manualmente, se ne venisse acquistata la pruova; sia sotto forma di atto a titolo oneroso, o per mezzo di persone interposte, se la pruova ne emergesse, a cagion di esempio, dalla confessione delle parti o dal giuramento; dappoichè altronde non crediamo che per regola generale lo stesso ascendente potesse provare per mezzo di testimoni o per presunzioni che l'atto a titolo oneroso da lui consentito è una mera liberalità. Ma nel caso in cui se ne trovasse acquistata la pruova, il ritorno legale dovrebbe tanto più aver luogo in quanto che constituisce una eredità, cui non puossi anticipatamente rinunziare (articolo 791 — 708).

515 *bis.* — L'ascendente può forse dimandare, in forza dell'art. 747 — 670, le cose da lui donate *a titolo di regali di uso*, in conformità dell'art. 852—774, i gioielli, gli orologi, i quadri ed altri oggetti di tal genere, che soglionsi donare in tempo de' matrimoni, delle festività, degli anniversarî ed altre circostanze simiglianti?

Potrebbesi forse sostenere, a pro dell'affermativa, che il testo della legge è conceputo in termini generici, e che chiama indistintamente l'ascendente a succedere *nelle cose da lui donate.*

Nulladimeno noi non avvisiamo così:

Per qual motivo queste specie di piccioli doni, questi *regali*, come dichiara l'art. 852, non vanno sottoposti a collazione? Pel motivo che la legge non li considera come vere *donazioni*, il cui risultamento sia il diminuire il patrimonio dell'uno, e non accrescere il patrimonio dell'altro: essa con sommo fondamento vi scorge semplici *regali*, i quali non impoveriscono chi dà e non arricchiscono chi riceve, e quindi non vuole che abbiasi riguardo a questi piccoli oggetti. *De minimis non curat praetor.*

Or tutti questi motivi sono applicabili al ritorno successorio: l'art. 747 venne scritto per incoraggiare e favorire le vere donazioni, le

donazioni più importanti nello interesse del matrimonio e del collocamento de' figli;

Dunque il ritorno successorio non si applica a' semplici *regali di uso* sol quando però venga dimostrato in fatto la liberalità, per la natura ed il valore dell' oggetto, avere avuto questo carattere.

516.—L'art. 747 chiama, ne' termini più generali, gli ascendenti a succedere *nelle cose da essi donate*.

In tutte le cose adunque (val dire in tutti i beni) da essi donate, corporali o incorporali, mobili o immobili, sotto la condizione nulladimeno, che ci faremo a disaminare, di trovarsi in natura (*infra*, n. 547).

Per contrario la riversione legale applicavasi, negli antichi paesi consuetudinarii, ai soli immobili: tanto insegna Pothier su l' art. 315 della consuetudine di Orléans, la quale chiamava non pertanto eziandio gli ascendenti a succedere *nelle cose da essi donate* (nota 3. e *delle Success.*, cap. II, sez. II, art. 3, § 2). Ma la ragione si è che in quell'epoca l'ascendente donante raccoglieva le cose da lui donate come erede de' beni propri nella successione del donatario; ed è noto che la qualità di beni propri competeva a' soli immobili. « La riversione legale, diceva Lebrun constituisce appo noi una preferenza ne' beni propri; è questo uno de' casi più meritevoli di favore sottoposto alla regola *paterna paternis* » (Lib. I, cap. V, sez. II, n. 49).

Nulla di somigliante rinviensi oggidì; epperò non eravi alcuna ragione di circoscrivere il diritto dell' ascendente donante ad una determinata specie di beni.

517.—Ma, è indispensabile che *gli oggetti donati si trovino in natura nella eredità*.

Questa condizione è importantissima tanto più che ha fatto sorgere innumeri controversie, le quali ne han formato una delle parti più procardiche del nostro subbietto.

Innanzi tratto esporremo le illazioni immediatamente derivanti, sotto questo rapporto, dall' art. 747; e poscia esamineremo i diversi sistemi d'interpretazione cui ha dato luogo.

518.— Primamente additiamo due indubitate proposizioni:

Da un lato l' ascendente vien chiamato a succedere nella sua qualità di donante, e conseguentemente nelle cose semplicemente da lui donate.

D'altro lato, vien chiamato come erede intestato, e conseguentemente tenuto altresì, in questa qualità, di rispettare tutte le obbligazioni e tutti gli atti del donatario, il quale è l'autore suo e viene da lui rappresentato.

Precisamente su tali due proposizioni poggia la regola fondamentale che dobbiamo qui disaminare, val dire:

Che l'ascendente succede nelle cose da lui donate sol quando si trovino in natura nella eredità.

L'art. 747 aggiugne a questa regola due disposizioni, le quali ne constituiscono, come ravviseremo, le conseguenze e lo sviluppamento, val dire:

Che l' ascendente succede egualmente:

Sia nel prezzo della cosa donata, se sia ancor dovuto;

Sia nell' azione di recupera che potesse avere il donatario.

Ebbene! dunque innanzi di scendere allo esame de'sistemi d' interpretazione, cui questa parte del nostro articolo ha dato luogo, facciamoci a determinare primieramente il senso esatto e preciso nascente, a parer nostro, dalle tre seguenti proposizioni:

A. Che l'ascendente succede nelle cose da lui donate sol quando si trovino in natura;

B. Che succede nel prezzo, se sia ancor dovuto;

C. Che succede nelle azioni di recupera competenti al donatario.

519.—A. Ed innanzi tratto la regola fondamentale all'obbietto si è che l' ascendente succede negli oggetti da lui donati, *quando tali oggetti si trovino in natura nella eredità.*

In natura, pongasi mente a tale espressione! val dire gli stessi oggetti donati, *identicamente, in specie!*

È questa la disposizione primiera, principale, e, giova ripeterlo, fondamentale dell'articolo 747, determinando la condizione cui va sottoposto, sotto questo rapporto, lo esercizio del ritorno successorio; e tal condizione viene esattamente riprodotta, negli stessi termini, dagli art. 351 e 766—275 e 681, i quali dimostrano esser questa effettivamente dovunque nel nostro Codice la essenzial condizione dello esercizo di questa specie di diritto.

Di qui conseguita che se il donatario abbia alienato l' oggetto donato, se l' abbia gravato di pesi qualsivogliano, di usufrutto, servitù o ipoteche, l' ascendente non succede affatto nel caso in cui l' alienazione sia stata totale, e succede nell'oggetto diminuito e gravato, in caso di alienazione parziale o sempli-

ce stabilimento di pesi; . . . *senza pregiudizio de' diritti de' terzi*, dichiara l'art. 351—275; ed è manifesto che la dichiarazione medesima va parimente sottintesa nell' art. 747.

Se non che facciano riflettere alla differenza fra lo stabilimento di usufrutto o di servitù e la constituzione d' ipoteca, val dire che mentre l' usufrutto o la servitù intacca e scema la proprietà stessa dello immobile donato, la ipoteca la inceppa, per così dire, senza frazionarla; avvegnachè è dessa un pegno; per modo che l'ascendente donante, il quale, per lo effetto della ipoteca, fosse stato astretto a pagare oltre la sua parte contributiva, avrebbe regresso, per la eccedenza medesima, avverso coloro i quali ne erano personalmente tenuti (art. 2114, 873, 874, 875 — 2000, 794, 795; confr. Duranton, t. VI, n. 214 ; *ved.* nondimeno *infra*, n. 554).

520.— E non è da distinguere le alienazioni a titolo oneroso dalle alienazioni a titolo gratuito.

Parecchi autori combattevano un tempo questa dottrina; e Bretonnier, considerava pure le donazioni fatte dal figlio donatario come *sacrilegi*! Ma, dice l' antico Denizart, *i loro clamori sono stati impotenti*; e si è sempre giudicato che il ritorno legale non impediva disporre a titolo gratuito de' beni disponibili (t. IV, v. *Ritorno*, n. 40).

La donazione tra vivi, che il figlio avesse fatta dell' oggetto donatogli, potrebbe dunque sempre opporsi all' ascendente al pari della vendita (art. 894 — 814).

Avverrebbe così della donazione di beni futuri fatta dal figlio ed in cui andasse compresa la cosa donatagli dal suo ascendente (articolo 1082—1038).

521.—La stessa soluzione è applicabile al caso in cui il figlio avesse disposto per testamento dell' oggetto donatogli dal suo ascendente.

Alcuni avevano divisato un tempo l' opposto: Domat inclinava pure a questo ultimo partito, pel motivo che *le disposizioni testamentarie non sono necessarie per l' uso della donazione come lo è la libertà di obbligare ed alienare, e neppur sono dello intendimento del donante. . . (Leggi civili*, lib. II. tit. II, sez. III, n. 5.)

Si è impreso a sostenere eziandio tal dottrina sotto lo impero del Codice: si è principalmente messo in campo il motivo che la cosa, comunque legata per testamento, si troverebbe sempre in natura nella eredità, a differenza della cosa donata tra vivi, la quale erane uscita, e che erasi potuto conseguentemente, preferendo all' ascendente il donatario tra vivi, da doversi evincere, se il ritorno successorio avesse avuto luogo, preferire l' ascendente al legatario, il quale non ha ancora acquistato alcun diritto su la cosa (confr. decis. C. di Agen, 13 marzo 1817, Roques, Sirey, 1822,II,300; 11 dic. 1827, Amouroux, Sirey, 1829, II. 74; decisione cassata , *infra* ; Benoît, *della Dote*, t. II, n. 107; *Dissertazione* inserita nel *Monitore universale* de' 12, 13 e 19 agosto 1830).

Ma tal dottrina non ebbe accoglimento, e non poteva averlo; avvegnachè è nel tempo stesso contraria al testo dell' art. 747 ed allo essenziale carattere del nostro ritorno successorio.

1° Di fatti , quando l' art. 747 richiede, per l' esercizio del ritorno successorio , *che gli oggetti donati si trovino in natura nella eredità*, è manifesto volere che vi si trovino come elementi della successione intestata, che la legge si fa a determinare, e conseguentemente come pertinenti alla successione medesima.

Or, a norma dell' art. 1014—968, il legatario ha diritto agli oggetti legati sin dal giorno della morte del testatore;

Dunque tali oggetti non appartengono alla successione intestata; dunque non possono comprendersi nel determinamento della soccessione medesima.

Poco monta che l' erede legittimo venga investito di tutti i beni ed il legatario gli debba dimandare il rilascio: la cosa legata non forma, per ciò, parte integrante della eredità, al pari della cosa tolta a prestanza dal *de cujus* o depositata presso di lui da un terzo.

Nè tampoco vi sarebbe luogo a distinguere il legato puro e semplice dal legato condizionale; rinvenendosi in ambedue una disposizione del *de cujus*; d' onde risulta pel legatario un diritto il quale, in tutti i casi, sia il legato condizionale o puro e semplice, compete *cum sua causa* al legatario *a die mortis*.

2°. Il carattere essenziale del ritorno successorio, nel nostro diritto, richiede pure di necessità questa soluzione.

L' ascendente ha donato puramente e semplicemente senza condizione; ed il diritto del figlio donatario era quindi puro e semplice, assoluto ed immutabile. Ebbene, abbiamo osservato che la legge non l'ha snaturato, e che l' ha lasciato per contrario ciò che era , col

diritto, pel figliuolo, di disporre nel modo più assoluto dell'oggetto di sua proprietà (articolo 544—469; *supra*, n. 481). Se dunque ha legato questo oggetto, si è valso del suo diritto, e tutto è terminato. Se non che, quando non abbiane disposto, quando tale oggetto esiste nella successione intestata, di cui le compete il determinamento, la legge vi chiama l'ascendente; ma, ripetiamolo, ve lo chiama sol quando l'oggetto possa comprendersi nel determinamento della successione intestata. Laonde già, nel nostro antico diritto, insegnavasi che le *donazioni tra vivi e testamentarie* formavano ostacolo alla riversione legale (Lebrun, lib. I, cap. V, sez. II, n. 67): è questo un punto ancora oggidì indubitato (confr. decis. C. di Riom 12 febbraio 1824, Saint-Massal, Sirey, 1826, II, 119; di Mompellieri 31 maggio 1825, Reboul, Sirey, 1826, II, 14; di Besanzone 30 luglio 1828, Thurel, D., 1829, II, 158; di Grenoble 8 aprile 1829, Clément, D. 1830, II, 264; arresto C. cass. 16 marzo 1830; Sombal, Dev., 1830, I, 145; decis. C. di Bordò 15 aprile 1831, stesse parti, Dev., 1831, II, 177; arresto C. cass. 2 gen. 1838, Bercher, D., 1838, I, 634; dec. C. di Bordò 23 agosto 1854, Renard, Dev., 1854, II, 598; arresto C. cass. 14 febbraio 1855, stesse parti, Dev., 1855, I, 485; Merlin, *Rep.*, v. *Riversione*, sez. I, § 2, art. 2; Toullier, t. II, n. 234; Duranton, t. VI, n. 223 e 227; Zachariæ, Aubry e Rau, t. IV, p. 232; D., *Rac. alfab.* (nuova ediz.), v. *Success.*, t. XLI, p. 245, n. 240; Chabot, art. 747, n. 29; Malpel, n. 133; Ponjol, art. 747, n. 22.)

522. — Tutto ciò che potrebbesi pretendere a pro dell'ascendente si è aver diritto ad una riserva su' beni donati; ma questa pretensione medesima constituirebbe il riconoscimento del diritto pertinente al figlio di disporre a titolo gratuito; avvegnachè l'ascendente non potrebbe più, a questo titolo di riservatario, instituire l'azione di nullità, ma semplicemente l'azion di riduzione delle liberalità fatte dal figliuolo; e questa azion di riduzione potrebbe competere non solo avverso i legati, ma eziandio avverso le donazioni tra vivi (art. 920—837.)

Ma in processo dimostreremo (nel titolo delle Donazioni tra vivi e de' Testamenti su l'art. 915), che l'ascendente donante non potrebbe dimandare una riserva nella successione anomala deferitagli dall'art. 747, oltre le regole generali della successione ordinaria.

Ed invero la pruova ne discende di per sè dall'articolo 747, il quale chiama l'ascendente a succedere nelle cose da lui donate *quando si trovino in natura nella credità*. Da ciò conseguita che egli non succede quando esse non vi si trovino in natura: or, se non succede, se allora non è neppure *erede*, non potrebbe essere *riservatario*. E questa soluzione è eminentemente unisona al carattere del ritorno successorio. Il legislatore (come abbiamo già avvertito) non ebbe qui lo intendimento, il fermo proponimento di restituire tali beni all'ascendente donante, ad onta di ogni avvenimento ed in qualsiasi tempo! ma semplicemente nel caso in cui il figlio donatario non avendone disposto, tali beni si trovino ancora nella successione intestata, di cui determina la devoluzione (*ved.* il nostro t. VI, n. 180; confr Marcadé art. 747, n. 9; Demante, t. III, n. 57 *bis*, 11).

523. — In quali casi il figliuolo si reputerà aver disposto, in tutto o in parte, de'beni donati?

Non vi sarà all'obbietto alcuna possibile incertezza, quando la disposizione si applicherà determinatamente ed individualmente a' beni medesimi.

Si può supporre che il figlio abbia disposto, sia tra vivi (la qual cosa sarà rarissima), sia per contratto di matrimonio o per testamento (la qual cosa sarà molto più ordinaria), di una parte aliquota di tutti i suoi beni, o di una determinata specie de'suoi beni, mobili o immobili.

Questa ipotesi neppur potrebbe dar luogo in generale a grave difficoltà; ed è manifesto che i beni donati dall'ascendente si troveranno compresi nella disposizione fatta dal donatario, sia per lo intero, sia in parte, secondo il carattere di questa disposizione.

Se dunque il figlio, a cagion di esempio, abbia disposto di tutti i suoi beni, il ritorno successorio dovrà annientarsi per lo intero: del pari che, per contrario, dovrà annientarsi per metà, se il figliuolo abbia disposto della sola metà de' suoi beni.

Se il figliuolo abbia disposto di tutti i suoi immobili o della metà degl'immobili, il ritorno successorio non verrà menomamente colpito, se gli oggetti donati dall'ascendente sieno mobili; ma dovrà annientarsi per lo intero o per la metà se sieno immobili; e viceversa (confr. Chabot, art. 747, n. 20; Duranton, t. VI, n. 225-226).

524. — B. L'art. 747—670 soggiugne che

« se gli oggetti furono alienati, gli ascendenti « ti riscuotono il prezzo che possa tuttora « essere dovuto. »

Come mai spiegare tal disposizione, in conformità della regola fermata innanzi tratto nel primo comma di quello articolo?

Molti han risposto che il legislatore aveva ammesso trovarsi allora il prezzo surrogato alla cosa, e rappresentarla.

Non lasceremo campeggiare tale idea di surrogazione senza farvi immediatamente la nostra più positiva protesta; dappoichè si ravviserà esser divenuta nella subbietta materia, la base di una intera teorica la quale (almeno a parer nostro) si è profondamente dipartita dal vero senso dell' art. 747.

Non crediamo pienamente che la legge, per chiamare l' ascendente a succedere nel prezzo ancor dovuto della cosa alienata, siasi fondata sul motivo chè il prezzo andasse surrogato alla cosa medesima.

Come! l' art. 747 aveva dichiarato che l'ascendente succede sol quando le cose da lui donate si troveranno *in natura*, *in specie*, nella loro stessa individualità identica e materiale.

Ed immediatamente avrebbe dichiarato che l' ascendente succede in una cosa diversa da quella da lui donata, essendone questa cosa la rappresentazione !

Ma la contraddizione e la inconseguenza sarebbero evidenti.

Nulla di tutto ciò.

Nel pensiero del legislatore il secondo comma dell' art. 747 non è il sovvertimento della regola principale, o piuttosto della regola unica, da lui fermata nel primo comma: ne è semplicemente la deduzione e l'applicazione.

Conseguentemente, se l'ascendente succede nel prezzo ancor dovuto dell'oggetto alienato, la ragione si è che il legislatore ha considerato che l' alienazione della cosa non era ancora compiuta, nè diffinitiva finchè il prezzo non fosse stato soddisfatto: ha considerato che essa non era compiuta , per una rimembranza indubitatamente degli antichi principii, remotissima, ne conveniamo , de' nostri moderni principii, ma la quale sembra nulladimeno avere qui ancora esercitato una ultima influenza (Inst. *de rer. div.* § 41); ha considerato che essa non era diffinitiva , dappoichè in mancanza di pagamento del prezzo, il donatario venditore poteva, mercè di un' azion di risoluzione , ricuperare , *ex causa antiqua*, l' oggetto alienato.

Ed ecco como venne indotto a statuire che l' azione di pagamento del prezzo della vendita o dell' aggiudicazione della cosa donata constituiva una specie di azione di recupera, eventuale almeno, della cosa stessa in natura; ed ha applicato la massima. « Qui actionem « habet ad rem recuperandam, rem ipsam ha« bere videtur. » (*l.* XV, ff., *de regul. juris*, art. 526, 1303; 1184, 1654—1149, 1257, 1137, 1500; agg. arresto C. cass. 7 feb. 1827, Sorain, D., 1827, I, 134; *ved.* il nostro t. VI, n. 184).

525. — Si è obbiettato che l' ascendente donante succederebbe sempre nel prezzo ancora dovuto, anche quando il donatario venditore avesse rinunziato al diritto di dimandare avverso il compratore lo scioglimento della vendita per mancanza di pagamento del prezzo; o se ne è inferito quindi che l'ascendente succedeva nel credito del prezzo , non perchè tendeva eventualmente lo scioglimento stesso a far tornare l' oggetto alienato nel patrimonio del venditore (confr. Mourlon, tit. II, pag. 54, il quale cita in tal senso Valette).

Ma tale obbiezione ci sembra dimostrare una sola cosa, cioè che spesso una ipotesi speciale rinviensi compresa in un testo generale in cui il legislatore ebbe in mira le ipotesi più ordinarie e comuni. Avvisiamo essere uopo applicare, in simil caso, il testo generale a tutte le ipotesi indistintamente, eziandio alle ipotesi particolari, in cui non incontransi i motivi , che determinarono il legislatore. E conseguentemente accorderemmo eziandio il ritorno successorio pel prezzo ancora dovuto, anche quando il donatario venditore avesse rinunziato al diritto di risoluzione, o ne fosse decaduto per non averlo fatto iscrivere, in conformità della legge del 23 marzo 1855 (art. 7)

Ma, dal comprendere la generalità del testo questi casi singolari, non conseguita menomamente che la regola da esso fermata non sia si scritta pe' casi ordinari, in cui l' azione di pagamento del prezzo va sempre congiunta all'azione di scioglimento della vendita.

526, — L'ascendente succede, diciamo, nel *prezzo tuttora dovuto.*

Nel prezzo, sia in contante, sia in derrate o mercanzie, tostochè il prezzo medesimo , sia qualunque , non trovandosi ancora soddisfatto , l' alienazione non può considerarsi compiuta nè diffinitiva (art. 1184, 1654—1137, 1500; confr. Marcadè, t. II, n. 8).

527. — Ma che mai statuire, nel caso in

cui l'oggetto donato si fosse alienato mediante una rendita?

Marcadé insegna che l'ascendente non dovrà succedere, in tal caso, nella rendita medesima, « dappoichè, una volta constituito il diritto di rendita ed entrato nel patrimonio del donatario, il prezzo reputasi pagato e l'alienazione perfezionata » (*Loc. supra cit.*)

Non sapremmo adottare questa soluzione; e ci basta, su tal punto, rimetterci agli sviluppamenti presentati altrove, ed onde avvisiamo aver dimostrato il venditore di un immobile mercè rendita perpetna conservare al pari del venditore mercè di un capitale il privilegio ed il dritto di risoluzione (confr. il nostro t. IX, n. 431, 434; agg. Chabot, art. 747, n. 18; Vazeille, art. 747, n. 20; Zachariae, Aubry e Ran, t. IV, p. 235.

528. — Pongasi mente che una volta sborsato il prezzo, il ritorno successorio trovasi irrevocabilmente sparito.

In nessun caso l'ascendente potrebbe pretendere esistere il prezzo medesimo nella eredità, senza essere stato impiegato o trovarsi rappresentato in determinato impiego fattone (*infra*, n. 542),

Quando Malleville (sn l'art. 747) permette all'ascendente riprendere il prezzo de'beni alienati, *quando*, egli dice, *il donatario abbia adoperato tal prezzo a pagare debiti esistenti nel giorno della donazione*, ci sembra evidente violarsi da lui il testo medesimo della legge del pari che lo essenziale motivo su cui poggia questo testo.

Ripetiamolo, in conformità del testo positivo dello articolo in esame, sol quando *il prezzo sia tuttora dovuto*, l'ascendente vi succedo.

Avremo tantosto a desumere importanti conseguenze da questo principio (*infra* n. 543 e seg.

529. — C. Finalmente l'art. 747 — 670 dichiara che gli *ascendenti succedono inoltre nell'azione di ricupera che avesse potuto spettare al donatario.*

E questa pure, ed ancora più direttamente che circa il prezzo tnttor dovuto della cosa alienata, un'applicazione diretta e *topica* della regola la quale chiama l'ascendente a succedere nella cosa stessa in natnra da lui donata.

Si suppone che tal cosa trovisi uscita dal donatario ed essa medesima non rivengasi attualmente in natura nella eredità; ma che vi si trovi un'azione per farvela tornare sotto il suo antico titolo, *ex causa primaeva et antiqua*, come se non ne fosse mai uscita, *quasi jure quodam postliminii*, come avrebbero pur detto i nostri maggiori (*supra*, n. 476.

Ed allora applicasi con sommo fondamento la massima romana: « Rem in bonis nostris » habere intelligimnr, quoties possidentes, « exceptionem; aut amittentes, ad recnpe« randam eam actionem habemns. » (L. 52, ff. *de adquir. rer. domin*; *ved* il nostro t. IX, n. 330).

530. — L'azione di ricompra (art. 1673—1519), o di risoluzione per mancanza di pagamento del prezzo o inadempimento delle condizioni (*supra*, n. 524); l'azione di rescissione per cansa di lesione (art. 1681 — 1527); l'azione di nullità o rescissione per vizio di forma, incapacità, errore, dolo o violenza (art. 1119, 1125 ec. — 1073, 1079); e tutte le azioni simiglianti, tendenti ad annientare *in præteritum* la causa dell'alienazione constituiscono altrettante azioni di ricupera cui succederà al certo l'ascendente donante.

Con maggior ragione avviene così dell'azione pura e semplice di rivendicazione avverso lo indebito possessore, la quale neppur suppone veruno atto di alienazione.

531. — Similmente è nopo considerare quale azion di ricupera cni succederebbe l'ascendente donante l'azione competente:

1° Sia alla moglie dotata avverso il marito per la restituzione della dote (art. 1531, 1532 1564 — 1377), o per la precapienza di ciò che pose in comunione stipulata da lei in caso di rinnnzia alla comnnione medesima (art. 1514);

2° Sia all'un o all'altro de' conjugi avverso la comunione pel ricuperamento de' valori riservatisi da essi come beni proprî (art. 1503 ec.)

E non è da distiuguere se la donazione ingenerante la ricnperazione medesima siasi fatta al figlio donatario col suo contratto di matrimonio, o dopo il matrimonio. Tostochè ne risulti pel donatario un'azione di ricuperazione, l'ascendente può succedervi.

532. — Ad evidenza qni rinviensi una delle più semplici applicazioni della nostra regola, quando ciò che siasi portato sia dalla moglie al marito, sia da uno de' conjugi nella comunione non abbia spogliato il figlio donatario della proprietà della cosa donatagli dal suo ascendente; allora non essendosi alienata tal cosa, l'azione di ricuperazione competente al

conjuge donatario tende direttamente al ricuperamento in natura della cosa stessa donata: tal è il caso in cui siasi donato un immobile da un ascendente alla figlia o al figlio suo(art. 1405, 1535, 1564 cc. — 1377; confr. Locré *Legisl. civ.*, X. p. 87, Osservazioni di Treilhard, nella sedata del Consiglio di Stato del 2 nevoso anno IX; Delvincourt, t. II p. 18, nota 5; Chabot, art. 747, n. 23.)

533. — Ma altronde è mestieri aggiugnere altresì che l' azione di ricuperazione, sia della figliuola donataria avverso il marito, sia dell' uno o dell' altro conjuge avverso la comunione, dovrebbesi accordare all'ascendente donante, eziandio nel caso in cui le cose da lui donate si fossero,per effetto di ciò che siasi portato al marito o posto in comunione, irrevocabilmente alienate, per guisa da doversene fare dappoi la ristituzione solo con valori equivalenti.

Ma, si dirà, allora adunque l' ascendente succede in cose diverse da quelle da lui donate!

Ed i sostenitori del sistema per noi annunziato (*supra*, n.524), e che ben presto esporremo più ampiamente per oppugnarlo, non hanno effettivamente tralasciato di valersi di tale obbiezione, e di sostenere eoglierci in piena contraddizione con la nostra dottrina; e dire esservi qui, per nostra propria confessione, una surrogazione, in forza di cui l' ascendente succede in cose da lui non donate, rappresentando le cose da lui donate.

Siamo convinti, da parte nostra, che non evvi qui,del pari che nelle altre parti di questo subbietto, surrogazione reale; ed il vero si è che non potrebbe venire ammessa senza scrollare dalle sue basi la regola cotanto semplice e chiara fermata dall' art. 747, ed a norma di cui l' ascendente succede nella cosa stessa da lui donata, in questa cosa *in natura*.

Dunque tutta la quistione consiste unicamente nel conoscere qual cosa siasi donata dall' ascendente.

Or, quando il padre, la madre o altro ascendente doni al figlio, sia per contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, valori i quali, pel risultamento stesso delle convenzioni matrimoniali, debbono tosto irrevocabilmente alienarsi,in guisa che il figlio donatario acquista effettivamente , nel momento stesso di questa donazione, e con tal donazione, un credito, un' azione di ricuperamento avverso il suo conjuge o avverso la comunione , qual è mai la verità di fatto? si è che il credito stesso o l' azione di ricuperamento constituisce l' oggetto donato : dappoichè , da un lato , come dice benissimo Demante , la donazione così fatta lo è atteso il versamento degli oggetti che la compongono in mano del marito o nella cassa della comunione (t. III, n. 58 *bis*, III); e, d'altro lato, tal è pure, ripetiamolo, lo effettivo risultamento della donazione, che il donatario diviene allora semplicemente creditore del suo conjuge o della comunione(confr. Lebrun, lib. 1, cap. V, sez. II, n. 49 — 50; ed *infra* n. 544.)

534. — Tali ci sembrano essere i veri principî della subbietta materia.

E di qui discendono due conseguenze indubitatamente gravissime, ma le quali ci sembrano già proventivamente dimostrate :

1° L' ascendente non succederebbe nell'azione di ricuperamento che potesse competere al conjuge donatario, nel caso in cui la donazione si fosse fatta prima del matrimonio, e diversamente che col contratto di matrimonio; dappoichè allora la donazione medesima avrebbe avuto per obbietto i valori medesimi donati dall' ascendente, e menomamente un credito o un' azione qualsivoglia di ricupemento; ed il donatario, egli stesso portandoli dappoi nel suo matrimonio, gli avrebbe irrevocabilmente alienati (confr. Delvincourt, t. II, p. 18, nota 5);

2° Eziandio nel caso in cui la donazione si fosse fatta al figlio, sia col suo contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, l' ascendente donante non avrebbe più ritorno successorio da esercitare, se l'azione di ricuperamento da lui donata si fosse esercitata dallo stesso figlio donatario durante sua vita; dappoichè allora tale azione di ricuperamento, val dire la cosa donata non esisterebbe più in natura nella eredità , dappoichè troverebbesi per contrario estinta ed annientata col pagamento. E quindi la corte di cassazione ha con sommo fondamento statuito,a parer nostro, che il ritorno successorio non compete al padre,il quale abbia constituito in dote a sua figlia una somma di danaro, quando costei,per effetto di sentenza di separazione di beni ottenuta contra il marito, abbia esercitato la sua azione di precapienza , ed abbia ricevuto un immobile in pagamento della sua dote (confr. arresto C. cass. 7 feb. 1827, Sorain, D., 1827, I, 134; Duranton.t. VI, n. 242; Demante, t. III, n. 58 *bis*, IV).

535. — Altronde l'ascendente succede nelle azioni di ricuperamento competenti alla successione a condizione però di soddisfare a tutte le obbligazioni ed a tutte le prestazioni cui possa dar luogo il loro esercizio; e non potrebbe, all'obbietto, esercitare alcun regresso avverso la eredità ordinaria, nè pretendere che le somme da lui sborsate per tal causa debbansi imputare su la porzione de'debiti onde è tenuto *pro rata* del suo emolumento.

Le azioni di ricuperamento gli sono effettivamente concedute tali quali rinvengonsi, *cum sua causa*, e, como volgarmente si dice, a suo rischio e vantaggio;

Or le prestazioni e ripetizioni qualsivogliano, cui lo esercizio può andarne sottoposto, son pesi correlativi ed inerenti a cotesta specie di diritto;

Dunque debbono esclusivamente gravare su l'ascendente il quale succede solo ed esclusivamente nel diritto medesimo; e la eredità ordinaria, la quale rimane estranea a tale operazione, non debbe sopportarne i pesi del pari che non debbe conseguirne i vantaggi.

Laonde, a cagion di esempio, il solo ascendente, il quale rinvenisse nella eredità un'azione di ricompra, sarebbe tenuto, se volesse sperimentarla, di rimborsare al compratore le varie prestazioni determinate con l'articolo 1673 — 1549 (confr. Delvincourt, II, pag. 19, nota 5; Toullier, t. II, n. 230; Duranton, t. VI, n. 244; Massé e Vergé sopra Zachariae t. II, p. 290.)

536. — Il ritorno successorio potrebbesi forse esercitare, se la cosa donata dall'ascendente, dopo irrevocabilmente alienata dal figlio donatario, fosse poscia tornata per un titolo novello, *ex alia causa*, per compra, donazione o successione, ec., nel suo patrimonio, e se si trovasse quindi, nel momento di sua morte, nella eredità sua?

Giureconsulti autorevoli per dottrina insegnano l'affermativa:

1° In conformità dell'art. 747, dicesi, lo ascendente succede nelle cose da lui donate, quando si trovino in natura nella eredità: la legge non appone altra condizione allo esercizio di questo ritorno successorio;

Or le cose donate trovansi qui in natura nella eredità;

Dunque, in conformità del testo medesimo della legge, l'ascendente vien chiamato a succedervi.

2° Si aggiugne esser questa risoluzione pienamente unisona allo spirito della legge. Se di fatti il ritorno successorio non ha luogo, quando la cosa siasi alienata dal donatario, la ragione si è che il legislatore ha voluto preservare così i terzi acquirenti da ogni specie di molestia ed evizione: è questo il vero scopo della disposizione la quale richiede che i beni donati si trovino in natura nella eredità;

Or, nella ipotesi in esame, nessuna molestia o evizione verrà apportata a' terzi; dappoichè la cosa, dapprima alienata, è tornata nella eredità;

Dunque questa intermedia alienazione debbesi considerare non avvenuta.

3° Da ultimo, nel convenire che il nostro antico diritto francese sanciva all'obbietto una opposta soluzione, se ne disconosce oggidì l'autorità, pel motivo che l'ascendente succedeva un tempo negl'immobili donati sol perchè gl'immobili medesimi assumevano nella successione del donatario la qualità di beni proprii, qualità perduta per l'alienazione fattane dal donatario (confr. Delvincourt, t, II, p. 18, 4; Toullier, t. II, n. 233; Duranton, t. VI, n. 232; Belost-Jolimont, sopra Chabòt, art. 747, *osserv.* 7; Vazeille, art. 747, n. 25; Taulier, t. III, p. 160; Benoît, *Della Dote*, t. II, n. 108).

Ma questa dottrina ci pare affatto inammissibile; ed avvisiamo essere agevole, per contrario, dimostrare che il ritorno successorio non potrebbe, in simil caso, sperimentarsi:

1° In conformità del testo medesimo dell'art. 747, gli ascendenti succedono nello cose *da essi donate* . . ., quando gli *oggetti donati* si trovino in natura nella eredità;

Or la cosa che rinviensi nella eredità non è la cosa *donata* dall'ascendente; è la cosa *comprata* dal *de cujus*, o raccolta da lui in una eredità;

Dunque l'ascendente non viene chiamato a succedervi.

Questo primo argomento ci sembra decisivo; e stentiamo a comprendere come mai siasi potuto sostenere esser *ciò risolvere la quistione per la quistione* (Duranton, t. VI, n. 232).

2° Di fatti è manifesto che la legge, quando richiede che gli oggetti donati si trovino in natura, non solo ha riguardo qui alla loro identità fisica ad alla loro individualità materiale, ma vuole altresì che vi si trovino allo stesso titolo, val dire come cose *donate*, come oggetti *donati*; dappoichè è questa la successione fondata precisamente su la origine

della cosa, e cui l'ascendente vien chiamato nella qualità di donante.e dappoichè precisamente egli ha posto nella eredità la cosa donata che tuttor vi si trova;

Or, quando la cosa, dopo essere stata irrevocabilmente alienata, sia poscia tornata per novello titolo presso il figliuolo,la base medesima del ritorno successorio trovasi compiutamente annientata: l'origine primitiva dell'oggetto è sparita; ed in forza di causa novella e diversa vi si trova attualmente;questa cosa attualmente proviene forse al figlio, pienamente decotto dopo la donazione, da' suoi lavori, da' guadagni ristoratori della sua fortuna; e se la cosa medesima rinviensi attualmente ne'beni suoi, da cui era dapprima irrevocabilmente uscita, *è questa una fortuita circostanza*, come avvertiva Lebrun (*loc. infra cit.*);

Dunque è mestieri conchiudere con Merlin: *Mutatione personae mutatur qualitas et conditio rei* (*Rep.*, v. *Riversione*, sez. II, § 2).

3° Suppongasi che la cosa dapprima donata dal padre al figlio, e poscia alienata da costui,siaglisi in ultimo luogo donata dall' avo, che erane divenuto proprietario.

Dimandiamo quali di essi, il padre o l'avo, secondo il sistema da noi oppugnato, succederà in questa cosa?

Forse il padre? il potrebbe indubitatamente, secondo tal sistema; dappoichè la cosa da lui donata rinviensi in natura nella sua fisica individualità.

Ma forse l'avo stesso non può sostenere che tal cosa è quella da lui donata; e, trovandosi in natura, debbe succedervi?

Non evvi possibile soluzione fra queste due pretensioni nel sistema per noi esposto.

Per contrario nulla di più semplice nella nostra dottrina; ed è manifesto che il ritorno successorio può aver luogo in tal caso unicamente a pro dell' avo, il quale solo è ora donante, e rispetto al quale soltanto la cosa assume il carattere di cosa donata.

4.° Da ultimo la nostra dottrina è unisona all' antico diritto, di cui indarno si nega l'autorità (confr. Lebrun, lib. I, cap. V, sez. II, n. 58, 59). Se l'ascendente non poteva succedere nella cosa la quale, dopo alienata, era poscia tornata *ex causa nova* nel patrimonio del figlio,la ragione si è, dicesi, che l'alienazione le aveva fatto perdere il suo carattere di *bene proprio*. Eh! indubitatamente! Ma per qual motivo aveva dunque perduto il suo carattere di bene proprio? precisamente perchè avova perduto la qualità di cosa donata.

Dunque la soluzione in esame è indipendente dall'antica distinzione de'beni in propri ed acquistati; dunque è stata sempre, un tempo come oggidì, determinata dallo stesso motivo, cioè che la cosa, dopo essere stata alienata, aveva perduto la sua qualità di cosa donata dall' ascendente, e quindi l'ascendente il quale succede nelle cose da lui donate non poteva più esservi chiamato (confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 233, nota *a*; Chabot, art. 747, *n.* 21; Malpel, n. 135; Bravard-Veyrières, *dello Studio e dello insegnamento del Dritto romano*, p. 284, 286; Zachariae,Aubry e Rau, t.IV, p. 233; Massé e Vergé, t. II, p. 294; Marcadé, art. 747, n. 6; Demante, t. III, n. 58 *bis*, 2; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 483).

537. — Lebrun (*loc. supra, cit.*) eccettuava dalla soluzione precedente due ipotesi:

1° Quella in cui la cosa donata, dapprima alienata dal figlio donatario, fosse tornata nel corso di sua vita nel suo patrimonio *ex causa primaeva et antiqua*, come per effetto di una facoltà di ricompra che avesse esercitata;

2° Quella in cui il figlio donatario avesse alienata la cosa in frode, del diritto di ritorno e nello intendimento di ricomprarla o trovarla dappoi,come erede, nella eredità della persona a pro di cui l' alienava.

Evidente è la prima eccezione; e poichè l' ascendente sarebbe succeduto nell' azione di ricuperamento, la quale aveva per iscopo di far tornare la cosa, sotto l' antico titolo, nel patrimonio del donatario, è manifesto dover succedere in questa cosa, quando siavi già tornata per lo sperimento di tale azione (confr. Toullier, t. II, n. 234; Duranton t. VI, n. 232).

Relativamente alla seconda eccezione, fatta da Lebrun, comunque Massé e Vergé l'abbiano eziandio riprodotta nel nostro attuale diritto (t. II, p. 290), non iscorgiamo come mai il figlio donatario potesse avere interesso a ricorrere ad una frode per ovviare ad un ritorno successorio che dipende dalla sua libera volontà annientare come meglio gli aggrada con ogni specie di disposizione.

538. — Abbiamo esposto la dottrina che ci sembra migliore, o piuttosto l'unica ben fondata circa le cose cui l' ascendente può succedere.

Semplice e chiara è questa dottrina:

L'ascendente succede nella cosa da lui do-

nata, nella cosa stessa, specificamente e tessativamente, quando trovisi in natura nella eredità del donatario.

È questa l' unica regola della legge.

Se l'ascendente vien chiamato a raccogliere eziandio, sia il prezzo ancor dovuto della cosa alienata, sia le azioni di ricuperamento, ciò non accade perchè il prezzo o l'azione si troverebbero surrogati nella cosa, e ne diverrebbero, al cospetto della legge, lo equivalente a la rappresentanza, per lo esercizio del ritorno successorio. Il secondo comma dell'art. 747 così inteso constituirebbe ad evidenza lo annientamento della regola fermata nel primo comma; e cotesta regola capitale non offrirebbe più aleun senso!

Ma per l' opposto, il secondo comma è una conseguenza del primo; e se la legge chiama l'ascendente a raccogliere il credito del prezzo e l' azione di ricuperamento, la ragione si è che al suo cospetto quel credito e quella azione han pure per obbietto la cosa donata, quella cosa medesima *in specie*, che possono effettivamente far tornare ancora *in natura* all' ascendente (*supra*, n. 524).

Ecco il testo medesimo della legge! e noi aggiugniamo esser questo testo infinitamente ragionevole; dappoichè se limita in modo alquanto ristrettivo forse il diritto dell' ascendente, offre il sommo vantaggio di antivenire le indagini, gli squittinî e le difficoltà cui ogni altro sistema avrebbe inevitabilmente più o meno dato luogo: ne ravviseremo la dimostrazione!

Tal è, rispetto a noi, la tesi da esaminare.

Ma abbiamo già annunziato (*supra*, n. 547) essersi insegnata un' altra dottrina intorno a questo subbietto; ed è questo il luogo di esporla e combatterla.

539. — Ebbene adunque! in conformità di questa dottrina, l' ascendente succederebbe non solo nella cosa stessa in natura da lui donata, ma eziandio in ogni altra cosa nuova e diversa, sotto la duplice condizione: da un lato, che questa cosa novella si fosse surrogata alla cosa da lui donata, e quindi la rappresentasse nella eredità del donatario; e d'altro lato, che tal surrogazione e tal rappresentazione venissero dimostrato in guisa da raggiugnere la certezza che la cosa la quale attualmente rinviensi nella credità ha per origine la cosa da lui donata.

Tal è, dicesi, il vero intendimento della legge, in quanto che vuole che l'ascendente raccolga tutto ciò di cui abbia investito la eredità, per effetto della sua donazione, tostochè il vantaggio emergente dalla donazione medesima esista ancora, nella eredità, distinto e ravvisabile. Ecco perchè l'art. 747 concede all' ascendente il prezzo tuttor dovuto della cosa alienata; e se gli nega il diritto di dimandare il prezzo una volta sborsato, la ragione si è che trovasi in avvenire confuso nel patrimonio del donatario con gli altri suoi beni, senza poterne essere distinto. Si aggiugne che la obbiezione fatta avverso questa teorica, cioè che le surrogazioni sono di diritto stretto, e non debbono ammettersi oltre i casi specialmente contemplati con testi di legge, torna qui priva di efficacia; dappoichè questa regola applicasi alle *surrogazioni reali*, le quali effettuansi sostituendo una cosa ad un'altra cosa determinata, come ne' casi contemplati con gli art. 1407, 1553, 1559 — 1366, 1372, e non alle *surrogazioni personali*, onde una persona vien surrogata ne' diritti generali di altra persona sopra un complesso di beni considerati quale universalità giuridica, come nel caso contemplato con l'art. 132 — 138. Se, nel primo caso, val dire in materia di surrogazione reale, debbesi applicare la massima *in judiciis singularibus, res non succedit in locum pretii, nec pretium in locum rei*, la massima affatto inversa è nopo per contrario applicare nel secondo caso, val dire in materia di surrogazione personale, ed allora debbesi affermare: » In judiciis universalibus » res succedit in locum pretii, et pretium in » locum rei » (confr. L. 70, § 3; L. 71 e 72, ff. *de legatis;* 2.° Renusson, *Trattato della surrogazione*, cap. 1; Merlin, *Rep.* v. *Surrogazione di cose*, sez. I, ed II).

Or trattasi qui di una surrogazione personale; dappoichè da un lato l'ascendente succede al donatario, di cui diviene così il rappresentante, e, d' altro lato, i beni donati vengono raccolti da lui, non a titolo singolare ma a titolo universale, non come cose determinate, ma come formanti una universalità giuridica (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. VI, p. 100, 101 e 234; Delvincourt, t. II, p. 38, Duranton, t. VI, n. 233 ; Chabot, art. 747, n. 22; Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p 54, 55; Malpel, n. 135; Poujol, art. 747, n. 24).

Abbiamo già preventivamente confutato siffatta dottrina, la quale constituisce, a parer nostro, la più patente trasgressione del testo medesimo dell'art. 747; e quando or ora (*infra* n. 540 e sez.) noi la seguiremo nelle sue conseguenze e nelle sue applicazioni ravvise-

remo a quali abberrazioni trovisi tratta, o tutti gl' impacci, tutte le contraddizioni cui dà luogo, le quali han prodotto, fra' suoi propugnatori, tanti di sentimenti e tanta confusione che non evvi casa effettivamente più oscura ed incoerente di tutta cotesta dottrina.

Nulladimeno evvi un argomento che vogliamo sin da ora accennare, cioè quello consistente nel sostenere trattarsi qui di surrogazione personale, onde l' ascendente verrebbe chiamato a raccogliere, in qualità di erede, i beni da lui donati, come una universalità giuridica. Ci sembra verissimo che l'ascendente venga chiamato in qualità di erede a raccogliere le cose da lui donate, e che la legge consideri, sotto alcuni rapporti, tali cose come porzione della massa ereditaria, ad obbietto di stabilire la contribuzione ne' debiti fra l'ascendente e gli altri eredi. Ma si fa, a creder nostro, un manifesto abuso di tal principio, quando pretendesi valersene per isnaturare eziandio profondamente il diritto dell' ascendente relativamente *alle cose* cui la legge il chiama a succedere. La stessa legge ha con la massima chiarezza e precisione determinato tali cose: son desse appunto donate dall' ascendente, son desse le cose medesime, se si trovino *in natura*; e quando nella esistenza di un testo così concepito, si chiama l' ascendente a cose diverse da quelle da lui donate, torna a noi impossibile non sostenere trovarsi la legge violata, nel testo medesimo, nel modo più manifesto!

540. — E ne raggiugneremo viemaggiormente la dimostrazione nello esaminare le applicazioni fatte della teorica per noi esposta.

Queste applicazioni possono riassumersi nelle tre susseguenti principali quistioni:

A. Se la cosa donata siasi permutata dal figlio donatario, l' ascendente succederà forse nella cosa ricevuta in permuta?

B. L' ascendente succederà forse negli oggetti acquistati dal donatario col prezzo degli oggetti mobili o immobili donatigli, e da lui alienati?

C. Se l'ascendente abbia donato una somma di danaro, succederà forse, sia nella somma rinvenuta nella eredità, sia, in mancanza di contante, nei biglietti di banco o altri effetti pubblici, iscrizioni di rendita, boni del tesoro o azioni qualsivogliano lasciati dal donatario?

O, *viceversa*, se l'ascendente abbia donato crediti, rendite su lo Stato o sopra privati, biglietti, ec., succederà forse, sia nel numerario rinvenuto nella eredità; sia in crediti o azioni diversi da quelli da lui donati, e lasciati dal figlio donatario?

541. — A. E primieramente l' ascendente succederà forse nella cosa che il figlio donatario avesse acquistata in permutazione di quella donatagli?

Si è affermativamente risposto:

1° Le due condizioni, onde il ritorno successorio può esercitarsi, rinvengonsi qui, dicesi, nella loro pienezza:

Da un lato la origine della cosa ricevuta in permutazione è incontrastabile: è indubitato tal cosa provenire dalla cosa donata dall' ascendente;

D' altro lato tal cosa non è menomamente confusa negli altri beni: essa per contrario vi si trova distinta e riconoscibile;

Dunque nulla si oppone, in tal caso, allo effetto della surrogazione.

2° Ammettendo effettivamente la legge lo ascendente a succedere nel prezzo ancor dovuto della cosa donata che si è venduta, con quanta maggior ragione debbe essa ammetterlo a succedere nella cosa ricevuta in permutazione di quella da lui donata; avvegnachè la rappresentazione è, in questo ultimo caso, molto più adequata e compiuta. E la pruova si è che, nel nostro antico diritto francese, l' ascendente il quale non succedeva nel prezzo ancora dovuto, succedeva per contrario nello immobile ricevuto in permuta dello immobile da lui donato; dappoichè lo immobile medesimo, per effetto della surrogazione, addiveniva un bene proprio (Merlin, *Rep.*, v. *Surrogazione di cose*, sez. II, § 2, n. 1 e 2). Or non è possibile ammettere che il Codice, il quale ha conceduto il ritorno successorio pel credito del prezzo, l'abbia negato per la cosa ricevuta in permutazione!

3° Finalmente si aggiugne che tal dottrina è unisona alla ragione ed alla equità; che la legge l'ha ammessa in più casi in cui trattasi nulladimeno di surrogazione puramente reale, *in judiciis singularibus*; e che quindi è uopo tanto più ammetterla nei casi di surrogazione personale, *in judiciis universalibus*, in cui una persona è chiamata a conseguire i diritti generali di altra persona (confr. *supra*, num. 539; Delvincourt, t. II. p. 48, nota 4; Toullier, t. II, n. 245; Duranton, t. VI, n. 233; Grenier, *delle Donazioni e dei testamenti*, t. II, n. 598; Vazeille, art. 747,

n. 26; Favard de Langlade, *Rep.*, v. *Ritorno*, sez. III, § 2, n. 11; Chabot, art. 747, n. 22; Malpel, n. 435; Poujol, articolo 747, num. 24; Taulier, t. III, p. 160; Mourlon, *Rep. scrit.*, tom. II, p. 55; D., *rac. alfab.*, v. *Successione*, t. XII, p. 298, n. 21).

Cotesta dottrina non debbe, a creder nostro, venir seguitata:

1° Noi la proscriviamo innanzi tratto come contraria al testo positivo dell'art. 747;

Come! la legge chiama gli ascendenti a succedere NELLE COSE DA ESSI DONATE!

Essa neppure limitasi a ciò; o determinando nel modo più chiaro e rigoroso l'oggetto di questo ritorno successorio, aggiugne la decisiva espressione:

« *Allorchè* GLI OGGETTI DONATI *si trovino* IN NATURA *nell'eredità.* »

Indubitatamente tornava impossibile dichiarare più energicamente che l'ascendente veniva chiamato a raccogliere la cosa stessa da lui donata, tal cosa identicamente, specificamente la stessa, tal cosa *in natura*, finalmente è questa la espression della legge, e non potrebbesene rinvenire una più energica!

Ed atteso un testo siffatto chiamasi l'ascendente a succedere *in cose diverse da quelle donate!*

Ho donato una casa sita in Parigi; e verrò chiamato a raccogliere una casa sita in Lione, ovvero una prateria, un bosco, ec? un uffizio di notajo o un fondo commerciale!

A dir vero stentiamo comprende siffatta aberrazione!

Ma, anche ammettendo la dottrina (inesatta, come dimostreremo) della surrogazione generaleggiata come praticasi, non è forse manifesto che la dottrina medesima non potrebbe venire qui applicata; avvegnachè da ultimo, per quanto compiuta e perfetta suppongasi la surrogazione di una cosa ad un'altra, non potrassi giammai, con tal surrogazione, soddisfare alla positiva condizione stabilita dall'art. 747, il quale, richiedendo che la cosa donata si trovi *in natura*, esclude quindi radicalmente ogni idea di surrogazione, ed eziandio *la surrogazione di equità* da Malpel invocata qui per l'ascendente! (n. 435).

2°. Si esclama: l'ascendente succede nel prezzo ancor dovuto della cosa alienata!

Eh! indubitatamente; ma ciò non accade in forza di surrogazione qualsivoglia del prezzo alla cosa, surrogazione impossibile, e la quale constituirebbe qui in particolare la più positiva mentita data dalla stessa legge alla regola da essa fermata! Se l'ascendente succede nel credito del prezzo, la ragione si è che il credito medesimo, con l'azione di risoluzione che l'accompagna, si è considerato, al pari delle azioni di ricuperamento, tendere al conseguimento della cosa stessa *in natura* (*supra*, n. 524.)

3°. Da ultimo aggiugniamo che le surrogazioni di una cosa ad un'altra non hanno mai luogo così di pieno diritto, è negli esempi che possonsene addurre la surrogazione non è l'effetto naturale dello stesso contratto: allora deriva dalla disposizione della legge, la quale l'ha eccezionalmente ammessa, e l'ha pure talvolta sottoposta a determinate condizioni o formalità (art 1407, 1559, ec.—1372).

Indarno obbiettasi, nell'art. 747, una surrogazione personale in una universalità giuridica.

Il testo medesimo di questo articolo formalmente elimina cotesto abuso d'interpetrazione; dappoichè, se chiama l'ascendente donante a titolo di erede, il chiama pure a raccogliere la cosa stessa *in natura* da lui donata (confr. *supra*, n. 539, Belost-Jolimont, sopra Chabot, art. 747, *Osserv.* 11 e 12; Marcadé, art. 747, n. 5; Massé e Vergé, sopra Zachariae, t. II, p.290; Demante, t. III, n. 58 *bis*, 1, Ducaurroy, Bonnier e Ronstaing, t. II, n. 483).

542. — Abbiamo incontrato una specie la quale offeriva, è uopo confessarlo, avverso la dottrina da noi qui propugnata, una obbiezione alquanto grave.

Il padre o la madre avevano donato tra vivi a' loro due figliuoli parecchi immobili pertinenti alcuni al padre, altri alla madre: la donazione erasi fatta a' due figli insieme e collettivamente; e poscia i figli avevano proceduto tra essi alla divisione di quegl'immobili indivisi.

Uno degl'immobili donati dal padre era spettato ad uno de' figli, immobili donati dalla madre era eziandio interamente spettato all'altro. Uno de' figli morì senza prole.

In conformità della dottrina, la quale ammetto l'ascendente a succedere nello immobile ricevuto in cambio di quello da lui donato, il ritorno successorio dovrebbe aver luogo, in tal caso, per la metà dello immobile a pro di quello fra' genitori il quale avesse donato questa metà al *de cujus*; e quello fra' genitori il quale non era donante di tale immobile dovrebbe nondimeno succedere nell'altra metà, permutata dal *de cujus* con la metà di un immobile da lui donatogli.

In conformità del nostro sistema, per contrario, il ritorno successorio dovrà aprirsi, in questo caso, per metà a pro di quello fra' genitori il quale abbia donato lo immobile medesimo; e l'altro, il quale non erane donante, non vi potrà succedere affatto.

Cotesto risultamento può tornare spiacevole; ma ci sembra derivare dal principio sancito con l'art. 747; ed altronde nulla impediscedi procedere a tali divisioni di ascendenti in guisa da antivenirlo ed assicurare il ritorno legale a ciascuno de' donanti.

543. B.—I motivi precedenti hanno, preventivamente e ad un tratto, risoluto a nostro pro la seconda quistione da noi testè fermata (n. 540), cioè:

Se l'ascendente possa succedere negli oggetti acquistati dal donatario col prezzo provegnente dall'alienazione degli oggetti mobili o immobili donatagli, almeno quando siavi stata, nell'atto di acquisto, dichiarazione della origine del danaro e dello impiego (*inf.* n. 547).

I propugnatori del sistema della surrogazione, in materia di permuta, rispondono ancora qui affermativamente; ed avvisano, invocando per analogia, essi dicono, gli art. 132, 1434 o 1435—138, che il ritorno successorio applica alle cose comprate in rinvestimento del prezzo della alienazione delle cose donate, quando la origine del danaro essendo certa, la surrogazione delle cose comprate alle cose donate trovisi assodata in modo incontrastabile.

Dobbiamo rimetterci agli argomenti onde abbiamo testè dimostrato che l'art. 747 chiama l'ascendente tassativamente e limitativamente a succedere nella cosa stessa da lui donata.

Si è invocato l'art. 132!

Ma qual differenza fra questo articolo e quello in esame!

« Se anche dopo la definitiva immissione « in possesso ricomparisce l'assente o resta « provata la sua esistenza, ricupererà i suoi « beni nello stato in cui si troveranno: il « prezzo di quelli alienati, ovvero i beni col « prezzo medesimo acquistati » (art. 132).

Differentissimo è l'art. 747!

Il prezzo de' beni venduti viene da esso conceduto all'ascendente donante sol quando *sia tuttor dovuto.*

E, relativamente a' beni provegnenti dello impiego fatto del prezzo di tali beni venduti, nol concede affatto; o piuttosto glie lo nega categoricamente; dappoichè il chiama a raccogliere *le cose da lui donate*, quando si trovino *in natura* nella eredità.

Posto ciò, poco monta che gli art. 1434 e 1435 permettano, sotto alcune condizioni, il rinvestimento del prezzo degl'immobili propri dell'uno o dell'altro conjuge, alienati durante la comunione.

Potremmo far osservare che, in conformità dell'art. 1553—1366, lo immobile acquistato col danaro dotale non è dotale, e che la legge non ammette qui impiego nè reimpiego, tranne quando siasene stipulata la condizione nel contratto di matrimonio. Ma tutto ciò è estraneo alla subbietta materia: la regola all'obbietto rinviensi per noi nell'art. 747; e tal regola è, ripetiamolo, sommamente positiva e chiara.

Soggiugniamo che tal regola veniva già nel nostro antico dritto positivamente insegnata. Quindi, dopo aver detto che gli ascendenti succedono negli oggetti da essi donati, quando si trovino in natura, Davot soggiugneva:

« Essi non presumonsi aver voluto formare un *credito*, nè richiedere il rinvestimento di una mera liberalità...; ciò sarebbe trasgredire la regola *doversi conseguire le eredità nello stato in cui trovansi*; dappoichè trattasi qui di una vera eredità » (T. II, lib. III, trattato V, cap. V, § 2, n. 5).

544. C. — Finalmente la nostra terza quistione (*supra*, n. 540) consiste nel conoscere se ed in quali casi il ritorno successorio sia possibile, quando l'ascendente abbia donato, sia contante o derrate, come grano, vino ec.; sia crediti o iscrizioni di rendite, o azioni di banca o di altre intraprese.

E primieramente avvisiamo che il ritorno successorio avrà luogo, se la cosa donata, qualunque sia, credito, titolo di rendita, ovvero contante o derrate, trovisi in natura nella eredità (art. 747):

Se, per esempio, il credito o il titolo di rendita, o l'azione qualsivoglia donata, non siasi pagata, nè ceduta;

Se pure il contante donato trovisi (*il che sarà estremamente raro indubitatamente*) con un documento comprovante essere identicamente lo stesso che quello ricevuto dal donatario (arg. dell'art. 1932—1804). Forse potrebbesi pur sostenere avvenir così nel caso in cui altre monete fossero state semplicemente, per effetto di un semplice cambio di monete, surrogate alle monete donate, come se il donante avesse preso monete di oro in vece di monete di argento donategli dall'ascendente.

A fortiori avverrebbe così nel caso supposto da Lebrun, in cui la somma promessa dall'ascendente non si fosse ancor pagata da lui (lib. I, cap. V, sez. II, n. 78).

Duranton adotta similmente questa soluzione nel caso in cui, « una somma essendosi donata, tal somma si fosse impiegata nello istante medesimo, ed in cui fosse ancor dovuta dal mutuatario nel momento dell'apertura della successione » (t. VI, n. 239; confr. pure Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 290).

Ma dovrebbesi adottare, a creder nostro, tal sentimento sol quando la somma si fosse donata dallo stesso ascendente con tal destinazione, val dire sotto la condizione che formasse l'oggetto di un prestito determinato, per modo che l'oggetto donato fosse allora non la somma stessa di danaro, ma il credito risultato dal versamento di tal somma al mutuatario (confr. *supra*, n. 533; Delvincourt t. II, p. 18, nota 5).

545. — Ma supponiamo che una somma di danaro o derrate qualsivogliano, grano, vino, ec., essendosi donato dall'ascendente, trovisi poscia nella eredità numerario per una somme eguale, o maggiore o minore, o derrate della stessa qualità, senza esserci pruova della identità di questo capitale o di queste derrate col capitale o con le derrate donati dall'ascendente.

Il ritorno successorio potrà forse esercitarsi, almeno sino alla debita concorrenza, sul numerario o su le derrate rinvenuti nella eredità?

L'affermativa vanta numerosi propugnatori, i quali ragionano nel seguente modo:

« Il danaro è una di quelle cose consistenti in peso, numero o misura, e che la legge denomina *fungibili*, val dire la cui natura è tale che da un lato non puòfarsene uso senza consumarle, almeno civilmente, e, d'altro lato, possono venire interamente e perfettamente rappresentate da specie *dello stesso genere*, cioè da specie dello stesso peso, dello stesso numero e della stessa misura. *Aliae aliarum vice funguntur*; a loro riguardo *tantumdem est idem*; e conseguentemente la loro esistenza *in natura* non risiede nella identità delle specie materiali, ma nello equipollente di altre specie simili dello stesso genere. In altri termini, per le cose fungibili, *il genere fa le veci della specie*; e conseguentemente esistono *in natura*, finchè sussista interamente il loro genere; avvegnachè lo intero genere lo rappresenta, e le rappresenta *in natura* ». (Chabot, art. 747, n. 22).

E da cotesta dottrina si inferisce che l'ascendente, il quale abbia donato contante o derrate, succede nel contante o nelle derrate della stessa qualità rinvenute nella eredità, senza esser tenuto di provare che quel contante o quelle derrate siano il contante o le derrate da lui donati; dappoichè tali specie di cose reputansi sempre, dicesi, rinvenirsi *in natura*, tostochè se ne rinvengano simili (agg. decis. C. di Rouen. 11 genn. 1816, Lemarchand, Sirey, 1816, II, 49; arresto C. cass. 30 giugno 1817, stesse parti, Sirey, 1817, I, 313; Merlin, *Rep.*, v. *Riserva*, sez. II, § 2, n, 3; Malleville, art. 747; Delvincourt, t. II, p. 39; Grenier, *delle Donaz. e de'test.*, t. II, n. 598; Toullier, t. II, n. 245; Malpel, n. 135; Taulier, t. III, p. 161; D., *Rac. alfab.*, v. *Succes.*, t, XII, p. 298, n. 24; Vazeille, art. 747, n. 26; Favard de Langlade, *Rep.*, v. *Ritorno*, sez. III, § 2, n, 11).

Non ammettiamo questa soluzione; e crediamo poter dimostrare che è dessa contraria a' principî generali del diritto; contraria al testo medesimo dell'art. 747 ed a parecchi altri articoli del nostro Codice; e da ultimo che essa produce conseguenze esorbitanti ed effettivamente impossibili:

1.° E primieramente la precedente dottrina considera le cose denominate di consumazione, come, di loro stessa natura, sempre e di necessità *fungibili*.

Or ad evidenza è questa un'aberrazione da' veri principî.

Abbiamo già osservato altrove che tal distinzione delle cose in *fungibili* e *non fungibili* non discende dalle loro proprietà naturali e constitutive, ma che discende, innanzi tutto, dal rapporto sotto cui siensi considerate, sia dalla legge, sia dalle parti (*Ved.* il nostro t. XI, n. 42—49).

Le cose, qualunque sieno, si consumino o pur no con l'uso che se ne faccia, possono considerarsi sotto due diversi rapporti:

Sia come specie, *ut corpora*, nella loro specifica individualità;

Sia come formanti parte di un genere, *ut quantitatem*, secondo il loro numero, il loro peso o la loro misura, *numero*, *pondere vel mensura*.

Nel primo caso, val dire quando la cosa siasi considerata dalla legge o dalle parti, nella sua specifica individualità, come corpo certo e determinato, non è suscettiva di surrogarsi

con altre cose, per quanto possa essere altronde esatta e perfetta tal rappresentazione (confr. art. 1932—1804).

Nel secondo caso, val dire quando la cosa siasi considerata semplicemente nel genere cui appartiene, e come quantità, può sostituirsi da una cosa dello stesso genere, la quale potrà così fare le sue veci: *quarum una alterius vice fungitur* (confr. art. 1902—1774).

Questa distinzione è generale: essa applicasi alle cose che si consumano col primo uso che se ne faccia del pari che alle altre cose: è vero che le cose dette di consumazione, per la ragione medesima che possono in generale venire esattamente surrogate le une dalle altre, sono spessissimo eziandio considerate come cose *fungibili*, nelle relazioni del diritto privato: così nel mutuo, a cagion di esempio, in cui il mutuatario, divenuto proprietario, per farne uso, del contante o delle quantità mutuate, può restituirle solo in equivalenza, in altro contante ed in quantità della stessa natura e valore.

Ma rimane sempre indubitato che le cose medesime di consumazione sono, come dice Chabot, fungibili per propria natura, ed esse medesime ricevono tal carattere dalla volontà della legge e delle parti: da ciò conseguita che le cose medesime debbonsi risguardare, *ut corpora*, nella loro individualità specifica, quando tal sia il rapporto sotto cui la legge o le parti abbian voluto effettivamente considerarle.

2.° Ciò premesso, trattasi conoscere sotto qual rapporto il legislatore, nell'art. 747, abbia considerato le cose quali che siano, le cose denominate di consumazione del pari che le altre donate dall'ascendente al discendente;

Or è manifesto averle considerate nella loro specie, *ut corpora*, come corpi certi e determinati;

Dunque è uopo, per aver luogo il ritorno successorio, che le cose donate, anche quando fossero cose di consumazione, contante, grano, vino, ec., è necessario che si trovino specificamente, *ut corpora*, nella propria individualità.

Diciamo cotesto intendimento del legislatore, nell'art. 747, esser manifesto, dappoichè richiede che gli oggetti donati si trovino *in natura* nella eredità.

Ma si esclama e pretendesi che precisamente *gli oggetti donati trovansi in natura*, quando rinvengansi nella eredità altri oggetti *in natura* della stessa specie e qualità. «Quando un individuo, dicesi, abbia preso a prestanza mille franchi, o restituisca mille franchi, restituisce *in natura*, comunque le monete da lui date non sieno identicamente le stesse che quelle da lui ricevuto» (Chabot, art. 747, n. 22).

Eh! indubitatamente no, non restituisce *in natura* la specie medesima, la cosa stessa, se abbia ricevuto come cosa, come specie, *ut corpus*; restituisce per contrario in equivalente; restituisce da ultimo un'*altra* cosa in surrogazione di quella da lui ricevuta: or sono radicalmente opposti tali due modi di restituzione; e l'uno è precisamente la più adequata esclusione dell'altro.

Come ben si ravvisa si fa sempre campeggiare la stessa confusione di principî, la stessa teorica inesattissima, a norma di cui una cosa di consumazione reputerebbesi sempre esistere *in natura*, come specie, come corpo certo, finchè lo intero genere cui appartiene non fosse perito.

3.° Ma cotesta teorica, ripetiamolo, è radicalmente mal fondata.

La pruova se ne rinviene in una multiplicità di testi delle leggi romane dimostranti che la esposta teorica è applicabile a' debitori di quantità, come i mutuatari, e menomamente a' debitori di una cosa qualsivoglia, eziandio di una cosa di consumazione, quando siasi considerata come corpo certo (l. XI, § 2; l. XIX, § 2, ff., *de rebus credit*; Inst., § 2, *quib. alienare licet*, e Vinnio, su questo §).

La pruova rinviensene altresì nell'articolo 1238—1191 del nostro Codice, il quale ad evidenza suppone che una somma di danaro o altra cosa, la quale si consumi con l'uso, può essersi consumata come corpo certo e determinato, in guisa che colui il quale l'abbia consumata di buona fede non sia tenuto a veruna restituzione, anche quando avesse nel suo patrimonio un'altra somma eguale o un'altra cosa dello stesso genere.

Da ultimo l'art. 747 ce ne somministra, nel nostro medesimo subbietto, una pruova ancora, se fia possibile, più ineluttabile.

Di fatti, in conformità del predetto articolo, l'ascendente succede nel prezzo della cosa alienata sol quando sia ancor dovuto; e conseguentemente, una volta sborsato il prezzo, si considera come confuso negli altri suoi beni, epperò consumato;

Or, in conformità della teorica da noi oppugnata, in forza di cui pretendesi precisa-

mente che l'ascendente succede nel prezzo, trovandosi il prezzo medesimo surrogato alla cosa venduta, il pagamento del prezzo non avrebbe dovuto estinguere il diritto dell'ascendente; dappoichè tal prezzo, tal somma reputerebbesi sempre trovarsi in natura, essendovi nella eredità una somma di danaro. *Ciò è lucido come il sole!* esclama Duranton (t. VI, n. 238); e noi avvisiamo come il nostro dotto collega;

Dunque i sostenitori della opinione da noi oppugnata trovansi in diretta contraddizione col testo medesimo dell'articolo in esame; e giungono fatalmente alla manifesta inconseguenza, che mentre l'ascendente il quale abbia donato un immobile non può dimandare il prezzo dello immobile medesimo, *quando tal prezzo siasi pagato*, l'ascendente il quale abbia donato e *pagato* una somma di danaro, può sempre, in ogni epoca, dimandare una somma eguale. « Come mal potrebbesi comprendere, dice con sommo fondamento l'onorevole Duvergier, che il donante di un corpo certo, a cagion di esempio d'immobili, il quale solo un tempo veniva chiamato ad esercitare il ritorno successorio, si trovasse oggidì men favorito di un donante di somme o crediti? » (Sopra Toullier, t. II, n. 245, nota *a*).

4° Obbiettasi che, in conformità della nostra dottrina, il ritorno successorio non avrà quasi mai luogo quando la donazione consisterà in una somma di danaro o in derrate, ovvero in crediti rimborsati o ceduti.

Ne conveniamo; ma ci sembra indubitato che tal conseguenza dorivi dal sistema della legge, la quale con l'art. 747, non forma menomamente dell'ascendente donante un *creditore di qualità*, come un mutuante, ma la quale lo chiama a succedere nelle cose stesse da lui donate, in quelle cose *in natura*, specificamente, tassativamente. Or, premesso ciò, è manifesto che tali specie di oggetti dovranno sfuggire effettivamente quasi sempre al ritorno successivo: « *Come se non fosse scrivere su l'arena*, diceva Lebrun, il voler *formare particolari caratteri del contante* » (L. 1, cap. V, sez. II, n. 46).

E citando Lebrun, crediamo esser pure importante citare altro luogo del suo libro. L'esimio autore, esaminando le diverse opinioni, per cui già un tempo pretendeasi applicarsi il ritorno successorio eziandio ai mobili donati, si esprime così:

« Campeggia nel foro una terza opinione professata da coloro i quali avvisano che *quando i mobili sieno ancora* IN NATURA, come se il padre o l'avo abbia donato a contemplazione di matrimonio o diversamente obbligazioni non esatte nel tempo della morte del donante o di suo figlio, o quando abbia promesso contante *e che egli non gli abbia pagato attualmente*, ha luogo la riversione di tali mobili; ma che *se i mobili medesimi non sieno più in natura*, come se le obbligazioni si fossero esatte, o *pagato il danaro*, non vi è più luogo alla riversione » (*Loc. supra cit.*, n. 48; agg. Davot, t. II, lib. III, trattato V, cap. V, p. 2, n. 5.)

Quindi, a credere di Lebrun, il contante donato non esisteva più *in natura*, quando erasi *pagato*; e ciò in tutti i casi, anche quando esistesse altronde del contante nella eredità del donatario;

Or, il nostro codice ha ad evidenza adottato questa terza opinione, di cui parla Lebrun; dappoichè vuole altresì che gli oggetti donati (mobili o immobili, di consumazione o non consumazione) trovinsi *in natura*.

Dunque il danaro donato non trovasi *in natura appena pagato*; e lo stesso art. 747 di fatti, come abbiam detto, applica positivamente tal dottrina al prezzo della cosa alienata.

5° Da ultimo aggiugniamo che, quando si opponc alla nostra dottrina non ammetter *mai* il ritorno successorio pel contante donato o per altre cose simiglianti, con maggior ragione possiamo ritorcere questa traccia avverso la teorica la quale ammette *sempre*, e per contrario, il ritorno successorio in simil caso.

Sempre ed in qualunque tempo! in ogni epoca! anche quando sieno trascorsi, dicci, venti anni, ed anche più dopo la donazione, e senza che l'ascendente donante sia tenuto a dimostrare che il contante o le derrate le quali trovansi nella eredità provengano da somme o derrate da lui donate. Ed effettivamente facea mestieri, in questo sistema, esimerlo da tal pruova! avvegnachè è manifesto che simil pruova sarebbe assolutamente impossibile dopo un tempo più o men lungo, dopo dodici o quindici mutamenti e trasformazioni forse, ed a traverso tutte le vicissitudini e tutte le trasfigurazioni che avessero potuto seguire nei diversi elementi della fortuna del donatario. Ma altresì è manifesto che il diritto dell'ascendente trovisi così smodatamente esteso e gravamente snaturato. Di fatti chi vi dice che questo danaro o queste derrate esistenti non hanno altra origine che

il contante o le derrate da voi donati? che non provengono da risparmî, da guadagni fatti dal donatario, da rimborsazioni di rendite o capitali fattegli? Tal sarà quasi sempre, dopo un certo tempo, il vero, segnatamente se, nello intervallo, il donatario sia soggiaciuto a perdite, e se la sua fortuna, dapprima atterrata, abbia dappoi ripreso il suo equilibrio. E quindi rimane dimostrato chiamarsi l' ascendente donante a succedere in cose da lui non donate, e rispetto a cui nulla assolutamente dimostra aver esse per origine le cose da lui donate.

546. — Ciò non basta! giunta una volta su questo pendio, la teorica da noi oppugnata viene inevitabilmente travolta di passo in passo alle più estreme conseguenze!

Laonde, dopo avere ammesso che l' ascendente il quale abbia donato del contante succederà sempre, sino alla debita concorrenza, nel contante che si rinverrà nella eredità, ammettesi che egli succederà eziandio ne' valori in biglietti, o in effetti commerciali; dappoichè i biglietti, dicesi, gli effetti pubblici o altri simiglianti constituiscono la mera rappresentazione del contante ricevuto da' soscrittori, e che essi si sono obbligati di restituire! (Confr. decis. C. di Rouen 11 genn. 1816, Lemarchand, Sirey, 1816, II, 49; arresto C. cass. 30 giugno 1817, stesse parti, Sirey, 1817, I, 313; Chabot, art. 747, n. 22; Malpel, n. 135).

E similmente, se l'ascendente abbia donato crediti, effetti commerciali, rendita iscritta, viene ammesso a succedere, sia nel contante, sia in altri crediti rinvenuti nella eredità!

E poscia, sia che abbia donato contante, sia che abbia donato crediti o rendite, viene ammesso a succedere ne' mobili ed immobili acquistati dal donatario!

E finalmente si giugne alla seguente formola, la quale diviene l'ultimo termine ed il limite più estremo cui tal teorica possa essere spinta, cioè che il ritorno successorio debba sempre aver luogo, sia qualunque la cosa donata dall'ascendente, mobile o immobile, tranne semplicemente nel caso in cui tal cosa fosse perita presso il donatario o *si fosse dissipata da lui senza utile impiego!* (Malleville, art. 747).

Ben sappiamo che parecchi propugnatori della teorica da noi oppugnata han declamato essi medesimi avverso tal formola compromessiva! ma *il* vero si è trovarsi racchiusa nel loro programma.

547. — Almeno bisognerebbe, per potersi ammettere tal sistema di surrogazione, che l'ascendente, il quale avesse donato contante o crediti, e pretendesse succedere nel contante, o in altri crediti, o finalmente in beni qualsivogliano, mobili o immobili, i quali si trovassero nella eredità, almeno, diciamo, bisognerebbe che questo ascendente provasse l'origine de' valori esistenti, in tempo della morte, nella eredità, ed assodasse provenire dalla sua donazione.

Tal condizione dovrebbesi almeno richiedere nel sistema da noi combattuto; e di fatti il maggior numero de' suoi propugnatori la richieggono (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 232; Duranton, t. VI, n. 234; Poujol, art. 747, n. 20; Taulier, t. III, p. 361).

Ma questo correttivo, il quale renderebbe indubitatamente tal teorica meno esorbitante, non potrebbe nonpertanto, a parer nostro, cancellarne il radicale difetto, da noi appostole fin dalle belle prime.

Cotesto difetto sta nella basestessa di tutta quella teorica! in quella idea di surrogazione di una cosa novella e diversa alla cosa medesima donata dall'ascendente. Or crediamo aver dimostrato che l' art. 747 non ammette in verun caso alcuna surrogazione di siffatta specie (confr. arresto C. cass. 7 feb. 1827, Sorain, D., 1827, I, 134; e *supra*, n. 524).

548. Porremo termine a cotesta dimostrazione con una ultima osservazione.

Tutti i giureconsulti propugnatori del sistema di surrogazione da noi combattuto (*supra*, n. 529 e seg.) accusano a gara l'articolo 747 d' insufficienza ed oscurità; e rimproverano con amarezza al legislatore gl'impacci e le perplessità in cui gli ha, essi dicono, immersi su la quistione a quali cose si applichi il ritorno successorio.

Coteste incolpazioni non sono, a parer nostro, menomamente fondate; e tale ingiustizia degl'interpetri diviene contra la loro stessa interpetrazione un gravissimo argomento di più!

Sì! al certo il legislatore si sarebbe in singolarissimo modo espresso nell' art. 747, se avesse voluto ammettere cotesta teorica di surrogazione; dappoichè la sua formola, per quanto era possibile, radicalmente la esclude!

Dunque di chi mai è la colpa?

Della legge? o degl' interpetri?

In quanto a noi, siamo intieramente con-

vinti essere la legge irreprensibile: crediam averlo dimostrato.

E per conchiodere come principiammo, diremo, col testo chiarissimo, a parer nostro, e sommamente positivo dell'art. 747:

L'ascendente succede nelle cose da lui donate, nelle cose atesse specificamente, quando si trovino *in natura* nella eredità.

È questa la regola.

Per applicaziooe della regola medesima, l'art. 747 ammette l'ascendente a conseguire il prezzo aocor dovuto della cosa alienata, e le azioni di ricnperamento, tendeoti a riprendere in natnra la cosa stessa donata.

Fuori queste semplicissime condizioni il ritorno snccessorio oon ha lnogo.

§ IV.

Quali sieno gli effetti del ritorno successorio.

SOMMARIO.

549. — Nello esaminare (*supra*, n. 480 e seg.) il carattere del diritto, che l'art. 747—670 attribnisce all'asceodente donante, abbiamo preventivamente determinata la maggior parte de' auoi effetti.

Dunque potremo brevemento toccare questa ultima parte della subbietta materia.

550. — L' ascendente donante vien chiamato come erede intestato ; e, a differenza del ritorno convenzionale, il quale si esercita a titolo singolare, il ritorno successorio (il vocabolo atesso il dinota) si esercita a titolo successorio, e conseguentemente eziandio a titolo nniversale (confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 235, nota *a*).

È questa la regola che a noi pare esatta, a condizione però da non valersene in goisa da estendere il diritto dell'ascendente a cose diverse da quelle che la stessa legge il chiama determinatamente e tassativamente a raccogliere (*supra*, n. 541).

551. — La conseguenza si è che l' ascendente è tenuto di contribnire a' debiti in ragione del valore dell' oggetto da lui raccolto, paragonato al valore degli altri beni ereditari (art. 724—645). L' art. 351—275, in nna ipotesi simigliaote alla nostra, positivamente impone tale obbligo all' adottante ; ed *a fortiori* dobbiamo imporla altresì all'ascendente donante, cui la legge non ha conceduto il ritorno snccessorio con l' ampiezza stessa che all' adottante (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 485).

Se dunqoe la cosa cni l'ascendente succede venga estimata il terzo, a cagion di esempio, di tutto l'attivo della eredità, sarà tennto del terzo de' debiti e pesi.

552. — Nulladimeno pnossi mnover quistiooe se l'ascendente sia tennto de' debiti ereditari semplicemente *pro modo emolumenti*, ovvero *ultra vires ?*

Si è insegnato che l' ascendente oon è tenuto de' debiti *ultra vires*, e che non è necessario, all' uopo, che accetti col benefizio dello inventario. Pretendesi non poter essere tenuto, in verun caso, se non *pro modo emolumenti*; dappoichè, dicesi, succede *in re singulari*, e non è una porzione civile da lui pretesa a questo titolo, nè una porzione ereditaria o aliquota qualsivoglia (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 550; e Duranton, il quale, dopo avere dapprima sostenuto l'altra opinione, ha poscia abbracciato questa ultima dottrina, t. VI, n. 209).

Ma cotesto argomento, se fosse vero, menerebbe più lungi della conclusione che se ne desome; e, coosiderando quiodi l'ascendente come successore *in re singulari*, si giugnerebbe niente meno che ad esimerlo da ogni contribnzione a' debiti !

Non pertanto egli vi va sottoposlo ; e lo stesso nostro onorevole collega il confessa ;

Or, da un lato, se vi va sottoposto, ciò avviene come *erede*, e quindi con tutte le conseguenze comportate da questa qualità; d'altro lato chi sia tenuto, val dire chi sia obbligato personalmente, debbe adempiere alla propria obbligazione su tutti i suoi beni (articolo 2092, 2093—1962, 1963);

Dunque l'ascendente, personalmente obbligato, come erede, al pagamento della sua quota proporzionale de' debiti, trovasi effettivamente obbligato *ultra vires*, e su tutti i suoi beni, se non abbia adempito alle condizioni e formalità occorrenti per l'accettazione col benefizio dello inventario (art. 724, 873, 802—645, 794, 719).

Del resto tal era già, vigente l'antico diritto, il sentimento di Lebrun (lib. I, cap. V, sez. II, n. 67; confr. arresto C. cass. 13 ag. 1851, Toussaint de Gérard, Dev., 1851, I, 657, *supra*, n. 481 *bis* e 482; Toullier, t. II, n. 236; Demante, t. III, n. 56 *bis*; D., *Rac. alfab.* (nuova ediz.), v. *Success.*, t. XLI, p. 210, n. 216).

553. — Essendo l'ascendente personalmente tenuto do' debiti, la conseguenza si è che può essere direttamente convenuto in giudizio da' creditori ereditari.

Ma, circa la quistione come potrà, in tali circostanze, esercitarsi il diritto di agire in giudizio competente a' creditori, se dovranno attendere che con la stima de' beni siasi determinata la parte proporzionale dell' ascendente nella contribuzione a' debiti, o potessero dimandare il loro pagamento, senza indugio, avverso ciascuno degli eredi in proporzione della sua quota ereditaria, ci riserbiamo risolverla nel trattare la tesi generale del *pagamento de' debiti*, luogo più conveniente all' uopo (art. 873 e seg.—794).

554. — Abbiamo già osservato (*supra*, n. 519), che se, per effetto di una ipoteca onde l'immobile donato fosse stato gravato dal donatario, l'ascendente fosse obbligato di pagare oltre la sua quota, avrebbe il suo regresso contro gli altri eredi o successori universali, a norma del diritto comune (art. 875, 876—795, 796).

Non pertanto Massé e Vergé insegnano una opposta dottrina:

« Crediamo, dicono questi onorevoli autori, che il donante il quale riprende un immobile gravato d'ipoteca, non abbia in verun caso diritto ad indennizzamento, comunque possa avvenire che, per effetto di tale ipoteca, abbia pagato più della sua quota ne' debiti ereditari: può sempre limitare la sua obbligazione rilasciando lo immobile, senza aver diritto di dolersi, dappoichè il donatario, il quale poteva alienare interamente lo immobile, ha potuto, per la stessa ragione, gravarlo d'ipoteche che ne assorbissero compiutamente il valore » (T. II, p. 291).

Ma il legatario particolare di un immobile gravato d'ipoteche vanta il suo regresso contro gli eredi (confr. art. 871, 874, 1020, 1251—792, 974, 1204).

Or potrebbesi affermare al certo, circa il legatario, con tanta ragione almeno quanta circa l'ascendente donante, che il *de cujus*, il testatore, poteva alienare lo immobile in suo detrimento (art. 1038—993).

E non pertanto il legatario particolare ha un regresso contro gli eredi, quando abbia pagato il debito cui lo immobile trovavasi ipotecato.

Di fatti la ipoteca non è un'alienazione totale, ma parziale, e quindi l'ascendente è sempre succeduto nella cosa intera da lui donata, ad onta della ipoteca che la gravava. La ipoteca è una cautela speciale data al creditore, ma la quale non impedisce che il debito medesimo conservi sempre il suo carattere di debito personale, e conseguentemente sia sempre a carico della universalità del patrimonio.

A fortiori tal soluzione è incluttabile, quando trattisi d'ipoteca legale e giudiziale (confr. Locré, *Legisl. civ.* t. VI, p. 589; Delvincourt, t. II, p. 35; Chabot, art. 747, n. 5; Duranton, t. III, n. 322, e t. VI, n. 214; Zachariae; Aubry e Rau, t. IV, p. 551; D. *Rac. alfab.* (nuova ediz.), v. *Success.*, t. XLI, p. 216, n. 242),

555. — Altronde l'ascendente donante non solo è tenuto contribuire a' debiti; ma è altresì, per la stessa ragione, obbligato a contribuire, per la sua quota proporzionale, alla estinzione de' legati.

Non parliamo qui de' legati riguardanti determinatamente l'oggetto da lui donato, e di cui è manifesto che allora sopporterebbe solo le conseguenze (*supra*, n. 521).

Quando diciamo che debba proporzionatamente contribuire al pagamento de' legati, intendiamo parlare de' legati di somme o quantità gravitanti su le universalità della eredità (art. 873, 1009, 1013—794, 935, 967; confr. Demante, t. III, n. 56 *bis*).

556. — È sorta quistione se ed in quali casi l'ascendente donante potesse richiedere

l'apposizione de' suggelli e lo inventario della eredità del donatario.

L'ascendente *succede*, è un *erede*: quindi tal quistione non ci sembra offrire nulla di speciale in ciò che lo risguarda; e debbe avere in ciò gli stessi diritti, nè più nè meno, di ogni altro erede (confr. art. 909, 941, proc. civ. — 986, 1017; decis. C. di Bordò 4 genn. 1851, Rcoard, Dev., 1552, II 412).

557. — È manifesto che l'ascendente non abbia alcuna indennizzazione da dimandare avverso la eredità ordinaria pe' deterioramenti che il donatario avesse potuto commettere su' beni donati.

Il donatario ha demolito gli edifizii, abbattuto gli alberi di alto fusto, distrutto i vigneti, ec.

Il donatario si è valso del proprio diritto, del pari che se avesse alienato, in qualsiasi modo, eziandio a titolo gratuito (art. 544—469).

L'ascendente, che gli succede ed è tenuto rispettare gli atti suoi ed i suoi fatti, può raccogliere la cosa sol quando trovisi nella eredità, e conseguentemente tal quale vi si trovi.

Ed in vero non è da distinguere se il donatario abbia tratto vantaggio da' deterioramenti da lui commessi su' beni donati, e se gli eredi della eredità ordinaria ne abbiano cavato vantaggio; dappoichè il donatario aveva il diritto di vantaggiare, se volesse, con tali beni gli altri suoi eredi; dunque, anche quando avesse agito con tale intendimento, l'ascendente neppur nulla avrebbe ad opporre (confr. Delvincourt, t. II, p. 35; Toullier, t. II, n. 232; Duranton, t. III, n. 322, e t. VI, n. 214; Chabot, art. 747, n. 25).

558. — Ma supponiamo la ipotesi inversa:

Il figlio donatario ha immegliato la cosa donata, e le ha procacciato, co' suoi lavori e con le sue spese, una eccedenza di valore notabilissimo.

A cagion di esempio era un terreno nodo, *area*; ed egli vi ha edificato e fatto piantagioni.

Dimandasi se gli eredi della eredità ordinaria avranno, in simil caso, un'azione d'indennizzamento avverso l'ascendente donante sino alla concorrenza di quella eccedenza di valore?

È uopo altresì generaleggiare vieppiù cotesta tesi e fermarla così:

L'ascendente è forse tenuto pagare ricompense o indennizzamenti alla eredità ordinaria, per le spese, sia necessarie, sia utili, sia volottuose o di piacere, fatte dal donatario su la cosa donata?

L'affermativa viene insegnata, nella dottrina, dal maggior numero de' moderni giureconsulti:

Primieramente si sostiene, a pro di questa opinione, che, in conformità del testo dell'art. 747, l'ascendente succede nelle cose da lui donate; che è vero che può aver *meno*, dappoichè potrebbe non aver nulla affatto; ma che non può aver *più*, dappoichè la legge gli restituisce solo ciò che abbia donato.

Si aggiugne che i principii generali del diritto gl'impongono pure tale obbligazione d'indennizzamento verso la successione ordinaria.

Di fatti nessuno può arricchirsi a spese altrui; ed il legislatore, il quale non si diparte giammai da cotesta somma regola di equità (art. 548, 555, 1381—473, 480, 1335), l'ha particolarmente applicata alle materie le quali hanno con questa la più stretta analogia (art. 862, 863—701, 782);

Or l'ascendente si arricchirebbe a spese degli eredi della eredità ordinaria, de' fratelli e sorelle, per esempio, o de' nipoti del defunto, se raccogliesse, senza alcuna obbligazione d'indennizzamento, la cosa da lui donata, quando il valore di tal cosa siasi accresciuto con le spese e con la industria del donatario;

Dunque tal debito d'indennizzamento risulta simultaneamente per lui dal testo medesimo dell'art. 747, da tutte le analogie del diritto e delle regole della equità.

Conseguentemente i sostenitori di questa opinione conchiudono che l'ascendente donante è tenuto d'indennizzare la eredità ordinaria:

1° Delle spese di coltura e di semenza, quando in morte del donatario l'ascendente trovi su lo immobile da lui donato frutti esistenti e non raccolti (art. 548—473);

2° Delle spese utili sino alla concorrenza della eccedenza di valore esistente nel giorno dell'apertura della successione (art. 861 — 780), fatte dal donatario, come costruzioni, piantagioni (art. 517, 518—440, 441), o degli oggetti da lui destinati a rimanere perpetuamente sul predio (art. 524, 525—447, 448);

3° Delle spese necessarie fatte dal donatario per la conservazione della cosa, come le grandi riparazioni, anche quando non l'avessero migliorata (art. 862—781);

4° Circa le spese voluttuose o di semplice piacere, viene statuito che l'ascendente non

è, a dir vero, tenuto di pagare alcuno indennizzamento, ma che gli altri eredi han diritto di riprendere ciò che possa togliersi, *sine rei detrimento*, e con l' obbligo di ristabilire le cose come trovavansi nel momento della donazione (art. 599—524; confr. Duranton, t. VI, n. 246; Chabot, art. 747, n. 25; Vazeille. art. 747, n. 21; Marcadé, art. 747, n. 7; Taulier, t. III, p. 159; D. *Rac, alfab.*, t. XII, v. *Success.*, p. 300, n. 27; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 547, 548; Massé o Vergé, t. II, p. 289).

559. — Per contrario crediamo che l' ascendente non è tenuto ad alcuno di tali indennizzamenti che qui pretendesi erroneamente, a parer nostro, porre a suo carico.

E noi stabiliremo la nostra dimostrazione, sia in conformità delle tradizioni dell' antica giurisprudenza; sia in conformità del testo medesimo del nostro Codice; sia in conformità de' principii generali del diritto; sia finalmente in conformità della ragione o della equità.

1° Nel nostro antico diritto era massima costante che l'erede de' beni proprii non doveva alcuna ricompensa all'erede de' beni acquistati e de' mobili, nè per le spese di coltivazione e semenza, in ragione de' frutti esistenti e non raccolti in tempo della morte, nè per gli edifizii costruiti su' beni proprii, nè per altro miglioramento qualsivoglia fatto dal *de cujus* (confr. Lebrun, delle *Success.*, lib. II, cap. V, sez. 1, dist. 2, n. 32; Pothier, Introd. gen. alle consuet., n. 81, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 146, e *delle Success.*, cap. V, art. 2, § 1, Doparc. Poullain, *Princ. del diritto*, t. IV, n. 45; *antico Denizart*, v. *Beni proprii*, n. 111, 113);

Or la situazione dell' ascendente chiamato alla eredità delle cose da lui donate, a fianco ed oltre la successione negli altri beni, è, sotto ogni rapporto, simile a quella dell' erede ne' beni proprii, nelle nostre antiche provinee, rimpetto all' erede ne' mobili e beni acquistati; e ciò è tanto vero che effettivamente la riversione legale era un tempo, come abbiamo osservato (*supra*, n. 516), un semplice modo di applicazione della successione ne' beni proprii;

Dunque, volendo consultare dapprima le tradizioni dell' antica giurisprudenza, dovrebbesi statuire che l' ascendente non va sottoposto a veruna obbligazione d' indennizzamento.

Si è risposto che: « la regola invocata, nelle successioni consuetudinarie, non andar doyuta ricompensa alcuna da legnaggio a legnaggio, *torna ad evidenza estranea al caso in esame* » (Marcadé, art. 747, n. 7).

Per contrario speriamo dimostrare che tal regola siasi ritenuta nell' art. 747, e che sia eminentemente unisona a' veri principii del diritto civile.

2° Primieramente affermiamo aver l' articolo 747 mantenuta l'antica regola.

Di fatti, a norma di questo articolo, gli ascendenti succedono *nelle cose da essi donate*; e l' unica condizione appostavi dalla legge si è che le cose medesime si trovino in natura nella eredità; ma, trovandosi quelle cose in natura, possono appartenere al solo ascendente donante;

Or, nella ipotesi in disamina, la cosa donata trovasi in natura nella eredità;

Dunque va devoluta all'ascendente donante.

Conviene bene assodare la proposizione, che la cosa, eziandio migliorata ed accresciuta, appartiene soltanto a lui, in conformità dell' art. 747.

Di fatti non iscorgonsi qui due cose, quella donata e quella aggiuntavi dal donatario. Si scorge sempre una cosa sola, quella donata; e per effetto della massima *accessorium solo cedit* gli accrescimenti o agginnzioni qualsivogliano fattivi, vi vanno assimigliati e confusi, per guisa da non constituire una esistenza distinta da quella della cosa donata.

È mestieri convenire che le alluvioni o altri accessorii naturali, suscettivi di aumentar la cosa donata, appartengano all'ascendente, il quale raccoglie la cosa medesima (art. 556; 557, 559, 561, 562, 563, 564 — 481, 482, 484, 486, 487, 488, 489);

Or la regola è assolutamente la stessa relativamente alle accessioni artifiziali (articolo 546—471): *omne quod inaedificatur solo cedit....*; *fructus pendentes sunt pars fundi* (art. 547, 555—472, 480; confr. Pothier Introd. generale alle cons., n. 81; ed il nostro t. IX, n. 573, 574).

Dunque l' ascendente, per la ragione stessa che la legge il chiama a succedere *nelle cose da lui donate* vien chiamato di necessità a succedere nelle cose medesime, tali quali trovansi, con gl' incrementi, sia naturali, sia artifiziali, i quali ne siano divenuti, per diritto di accessione, parte integrante (art. 548, 524, 525—441, 447, 448).

Incontrastabile è siffatta conclusione; e di fatti non viene oppugnata. Si ammette (è in-

dispensabile!) che l'ascendente, per la ragione medesima che succede nella cosa donata, succede in tutti gli elementi che la costituiscono nel suo stato attuale, anche quando vi si fossero aggiunti artifizialmente, sia per effetto di una reale cummistione, sia puro semplicemente per effetto di un congiugnimento destinato a stare perpetuamente.

Ciò che vuolsi semplicemente si è che lo ascendente divenga debitore di un indennizzamento verso gli altri eredi; si è in somma una personale obbligazione di ricompensa, che pretendesi imporgli.

Ma noi già osservammo che il testo dell'articolo 747, il quale costituisce il suo ereditario diritto e la sua chiamata, non gl'impone veruna obbligazione di siffatto genere.

Ora ci faremo a dimostrare che i veri principii del civile diritto effettivamente ostano al porsi a suo carico simiglianti indennizzamenti.

3° Di fatti dove sarebbe mai la causa di questa obbligazione d'indennizzamento?

La causa sta, dicesi, nella regola di equità che nessuno possa arricchirsi a spese altrui.

Benissimo!

Ma cotesta regola è ad evidenza suscettiva di applicazione sol quando vi sieno due persone diverse, una delle quali si arricchisse ingiustamente a spese dell'altra; ed allora l'obbligo delle ricompense o degl'indennizzamenti emerge a carico dell'uno ed a pro dell'altro, secondo i casi, da un contratto di mandato tacito o presonto, o dal quasi-contratto di gestione di affari.

Ben si comprende l'applicazione di questa regola:

Sia tra un possessore evinto ed un proprietario;

Sia fra due proprietarii, l'uno dei quali surroghi l'altro per effetto di una causa qualsivoglia, risoluzione, rescissione o nullità di contratto.

Allora vi sono due persone diverse, di cui una diviene debitrice e l'altra creditrice; e torna evidente, ripetiamolo, esser tale la condizione *sine qua non* di ogni credito e di ogni debito; come nel caso, per esempio, di un erede, il quale ponga in collazione nella eredità lo immobile che il defunto gli aveva donato (articolo 865—784).

Or, nella ipotesi in esame, relativamente alla cosa donata ed alle spese fattevi, evvi una sola e medesima persona, cioè l'ascendente donante;

Dunque torna impossibile che una obbligazione qualsivoglia d'indennizzamento possa sorgere allora.

Diciamo esservi qui una sola e medesima persona.

E di fatti dicasi rimpetto a quale altra persona l'ascendente donante potrebbe trovarsi obbligato ad indennizzamento?

Forse rimpetto al *de cujus*, il figlio donatario?

Ma ciò torna impossibile! avvegnachè l'ascendente non è, avuto riguardo alla cosa donata, una persona distinta dalla persona del donatario defunto: gli succede, è suo rappresentante! è il defunto stesso, che si continua in persona dell'ascendente! E la cosa donata non soggiacque di fatti, al cospetto della legge, a veruno tramutamento nella proprietà nè nel possesso; dappoichè l'erede continua la proprietà ed il possesso del suo autore.

E, per dimostrare che l'erede dei beni proprii non doveva alcuna ricompensa all'erede de' mobili e beni acquistati per le spese di coltivazione o semenza, o per la potagione de' vigneti, Pothier positivamente insegnava: « Indarno opporrebbesi, egli dice, gli assiomi di diritto *impensae sunt onera fructuum*, *fructus non intelliguntur nisi deductis impensis*: essi possono applicarsi per astringere la persona che raccoglie i frutti a rimborsare le spese a quella che le abbia fatte, *quando sieno persone diverse; ma non possono applicarsi nella specie in disamina, in cui il defunto il quale ha fatto le spese, ed il suo erede che raccoglie i frutti, reputansi la stessa persona* ». (Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 116, e *delle Success.*, cap. V, art. 2, § 1).

Dunque l'ascendente donante non può essere astretto a tale indennizzamento rispetto al donatario, al *de cujus*.

Vi può essere forse astretto rispetto agli eredi della eredità ordinaria?

Neppure!

Imperocchè, relativamente alla cosa da lui donata, l'ascendente non fu mai in relazione con essi.

Gli eredi degli altri beni non furono, in alcuna epoca, possessori nè proprietarii della cosa donata dall'ascendente.

I diritti dell'ascendente su la cosa da lui donata, ed i diritti degli eredi ordinarii su gli altri beni, sono sorti simultaneamente gli uni a fianco degli altri, senza che gli uni e gli al-

tri abbiano giammai avuto tra essi la minima connessità; ed è impossibile comprendere come, nè per qual causa, nè in qual momento, avesse potuto sorgere un debito d'indennizzamento, relativamente alla cosa donata, fra l'ascendente, il quale solo ne è stato investito sin dal giorno della morte del donatario, e gli altri eredi, i quali non hanno mai avuto, su tal cosa, veruna specie di diritto di proprietà, nè di possesso!

Duranton invoca gli art. 843, 861, 863—762, 780, 782, i quali vogliono, egli dice, che *l'erede conferisca a' suoi coeredi tutto ciò* che abbia ricevuto dal defunto direttamente o indirettamente (t. VI, n. 246).

Ma precisamente l'ascendente, il quale succede nella cosa da lui donata, non è *il coerede* di coloro i quali succedono negli altri beni; ed abbiamo dimostrato innanzi non esservi tra essi veruna obbligazione di collazione (*supra*, n. 486).

Dunque ragionevolmente affermammo che, in conformità de' principii del diritto, il debito d'indennizzamento che vuolsi imporre all'ascendente, verso la eredità ordinaria, tornava effettivamente impossibile.

4° Finalmente aggiungeremo che tal dottrina non ci sembra altronde nulla racchiudere di eccessivo, e che anzi merita plauso per più gravissimi riflessi.

Primieramente stabilisce una equa reciprocanza di eventi, sotto questo rapporto, fra l'ascendente donante e gli eredi detta eredità ordinaria; e, poichè l'ascendente sopporta i deterioramenti commessi dal donatario su la cosa, pare alquanto giusto che cavi vantaggio eziandio da' miglioramenti fattivi dal donatario. Sappiamo non essere assoluta cotesta regola di reciprocanza; ed hannosi potuto citare casi in cui non vada applicata, come quello contemplato con l'art. 132—138; ma è mestieri confessare essere eccezionali i casi medesimi. In generale la legge applica la regola di reciprocanza; ed essa l'applica precisamente nella ipotesi della collazione di un immobile da parte dell' erede donatario nella eredità del donante (art. 861, 862, 863—780, 781, 782), val dire nella ipotesi stessa cui si vorrebbe assimigliare quella in esame.

In secondo luogo la nostra dottrina offre il vantaggio di ovviare alle difficoltà ed alle controversie che farebbe quasi sempre sorgere la più o meno complicata liquidazione di cotesti indennizzamenti.

Da ultimo è da por mente la legge, al postutto, determinare qui la sorte de' beni lasciati dal defunto: or certamente la legge poteva attribuire, senza verun obbligo di ricompensa, all'ascendente la cosa da lui donata, co' miglioramenti arrecativi dal donatario: essa, diciamo, bene il poteva rispetto agli altri eredi intestati, i quali eglino medesimi ritraggono da lei la loro chiamata ereditaria. E la legge poteva tanto più così statuire, in quanto che, ammettendo pure che il donatario abbia voluto, pe' miglioramenti da lui fatti su la cosa donata, attribuire un vantaggio al suo ascendente, ne aveva certamente il diritto, ed era anzi giusto ed equo rispettare in ciò la volontà sua (arg. dall' art. 1049 — 973).

Conseguentemente conchiudiamo non esser l'ascendente tenuto a veruna indennizzazione:

Per le spese di coltivazione e sementi;

Per le spese necessarie;

Per le spese utili;

E che gli altri eredi non hanno diritto di riprendere gli oggetti collocati dal *de cujus* su lo immobile donato, ed i quali, in conformità della legge, ne sieno addivenuti accessorii da rimanervi perpetuamente, quai immobili per destinazione (confr. Toullier, t. II, n. 232; Demante, t. III, n. 57 *bis*, 3).

560. — Converrebbe forse applicare tal dottrina eziandio al caso in cui l'ascendente avesse donato un recinto, di cui il donatario avesso dappoi ampliato il circuito?

L'ascendente succederebbe forse al recinto così ampliato? e, in caso affermativo, vi succederebbe forse senza alcun obbligo di ricompensa?

Potrebbesi ciò sostenere con vigoria alquanto notabile; sia per un argomento di analogia desunto dall'art. 1019 testè citato; sia perchè tal soluzione parrebbe di fatti ragionevolissima; avvegnachè la legge chiama l'ascendente a succedere nella cosa da lui donata, tal quale trovasi nel momento dell'apertura della successione: or, in quel momento, il parco o il recinto qualsivoglia da lui donato, riaviensi costituire sempre un solo e medesimo oggetto, comunque ampliato.

Non pertanto dobbiamo confessare che cotesta estensione della nostra dottrina tornerebbe qui tanto più oppugnabile, in quanto che non veniva accolta nel nostro antico diritto, in materia di beni proprii, val dire in una materia la quale ci ha somministrato precisamente su tal quistione il nostro primo e principale argomento.

Pothier positivamente il dichiarava nella seguente guisa:

« Quando acquisto un pezzo di terra contiguo alla mia tenuta, benchè io lo unisca alla medesima, nel concederlo in fitto con essa mercè uno stesso contratto, come un terreno che ne dipenda, o *nel rinchiuderlo nel circuito del mio parco, di cui ho all'obbietto allontanato le mura*, quel pezzo di terra, io dico, non lascerà di essere un oggetto acquistato ». (Introd. generale alle cons., n. 82).

561. — La dottrina da noi propugnata, a norma di cui l'ascendente non va sottoposto a verun obbligo d'indonnizzamento rispetto alla eredità ordinaria, pe' miglioramenti fatti dal donatario su la cosa donata, ci pare doversi seguitare indubitatamente, quando gli eredi della eredità ordinaria non abbiano diritto a veruna riserva, come quando il donatario abbia lasciato fratelli e sorelle o nipoti (art. 916—832).

Ma, per contrario, non dovrebbe forse cessare di essere applicabile nel caso in cui il *de cujus* avesse lasciato eredi riservatarii; come se, per esempio, la donazione essendosi fatta dall'avo al nipote, costui morisse senza prole, lasciando l'avo ed i suoi genitori? (Art. 915—831).

È questo il sentimento di Demante, il quale avvisa che « siccome evidentemente nella plusvalenza emergente da' miglioramenti rinviensi un vantaggio indiretto a pro dell'ascendente donante, così il vantaggio medesimo non potrebbe mantenersi in detrimento di eredi riservatarii ». (T. III, n. 57 *bis*, 3).

Non pertanto sembra che, nell'antico diritto, non si eccettuasse neppure questa ipotesi:

« Se l'edifizio si costruisca sopra un suolo proprio, diceva Lebrun, l'erede do' beni proprii non debbono veruna ricompensa all'erede de' beni acquistati, *neppure per consuetudine, la quale vieta vantaggiare il proprio erede presuntivo, tranne quando essa espressamente contempli tal caso* ». (Lib. II, cap. V, sez. 1, *Distinz.* 2, n. 32).

Nulladimeno il presidente Espiard, suo annotatore, soggiugneva che, nelle consuetudini in cui le donazioni fra marito e moglie erano vietate, dovevasi aver riguardo alle costruzioni fatte dal marito su' predii soggetti allo assegnamento vedovile della moglie. « Diversamente, egli diceva, sarebbe questo un mezzo evidente di contravvenire alla consuetudine, e vantaggiare la moglie durante il matrimonio contra il divieto della legge ». (*Loc. supra cit.*, n. 35).

Di fatti cotesto motivo ci pare gravissimo; e noi avvisiamo parimente che, se il figlio donatario lasciasse eredi riservatarii, potrebbero considerarsi come vantaggi indiretti, sottoposti conseguentemente, secondo i casi, a riduzione i miglioramenti fatti dal donatario su la cosa donata.

Ma è agevole ravvisare che cotesta particolare soluzione non vulnera menomamente la generale dottrina da noi propugnata; avvegnachè qui non trattasi più di debito d'indennizzamento, nè di obbligo di collazione da parte dell'ascendente verso la eredità ordinaria; sì bene trattasi di azione di riduzione, val dire di ordine di principii tutto diverso.

CAPITOLO IV.

DELLE SUCCESSIONI IRREGOLARI.

SOMMARIO.

1.—Esposizione.—Passaggio.
2.—Osservazione generale intorno al merito delle disposizioni del nostro Codice in tal materia.
3.—Divisione.

1. — Abbiamo esposti i diversi ordini di successioni regolari, di quelle che regolano le chiamate ereditarie nella famiglia legittima (cap. III).

Dobbiamo ora intrattenerci intorno alle successioni irregolari, a quelle non fondate sul vincolo della parentela legittima e della famiglia.

È questo l'obbietto del capitolo IV del titolo in esame.

2. — Si è generalmente osservato che tal parte del Codice Napoleone non era la più chiara nè la più compiuta; ed il vero si è che essa offre, in più luoghi, oscurità e vôti spiacevoli.

Questa osservazione sembra segnatamente esatta circa la successione, attiva e passiva, dei figli naturali, nella quale di fatti incontreremo alquante quistioni gravissime, la cui soluzione, in mancanza di testi legislativi, torna talvolta tanto più malagevole, in quanto che tutto questo subbietto delle successioni *irregolari* va, come lo stesso titolo addita, immune dalle regole del diritto comune, e pareva abbisognar quindi, più di ogni altro,

di una positiva dichiarazione della volontà del legislatore.

Ma è giusto contemporaneamente aggiugnere che i compilatori del nostro Codice, su tale ardua materia, non han rinvenuto nel passato tradizioni nè insegnamenti per illuminare il sentiero da essi schiuso: l'opera loro constituisce pressochè una novella creazione; e considerandola nel suo complesso, merita ancora la nostra riconoscenza, ad onta della imperfezione dei suoi particolari.

3. — Questo subbietto naturalmente si divide in due parti:

1° Quali sono i successori irregolari, i quali possono venir chiamati, in conformità del nostro Codice?

2° Quali obbligazioni debbono adempiere i successori irregolari per essere immessi in possesso della eredità? e quali sono gli effetti di tale immissione?

Le due sezioni del nostro capitolo IV corrispondono pressappoco a tal divisione, la quale nulladimeno non vi è stata esattamente osservata; avvegnachè i diritti del conjuge superstite e dello Stato vengono determinati nella sezione II, onde si stabiliscono le condizioni della immissione in possesso dei successori irregolari.

Ci pare più logico passare primamente in rassegna tutta la nomenclatura dei successori irregolari, per intrattenerci di poi su le condizioni della immissione in possesso, le quali sono loro in generale parimente applicabili.

SEZIONE I.

Dei diversi successori irregolari i quali possono venir chiamati, a norma del Codice.

SOMMARIO.

4.—Nomenclatura de' diversi successori irregolari, i quali possono venir chiamati in conformità del Codice.
5.—Continuazione.—In quale ordine tali diversi successori vengono chiamati.

4. — I successori irregolari, i quali possono venir chiamati, in conformità del Codice, sono:

1° I figli naturali del *de cujus*;

2° I genitori ed i fratelli e sorelle di un figlio naturale trapassato;

3° Il conjuge superstite;

4° Lo Stato;

5° Osserveremo altresì che gli ospizi vengono chiamati, in alcuni casi, come successori irregolari con disposizioni legislative speciali.

Da questa enumerazione discendono cinque paragrafi, nei quali esporremo i diritti di ciascuno di tali successori irregolari.

5. — Ma innanzi tutto conviene fare una duplice osservazione:

1° Dall' art. 723—644 sembra emergere che, per massima generale, i successori irregolari vengono chiamati in mancanza di eredi legittimi. Ma questa regola soggiace ad una importante modificazione relativamente ai figli naturali, i quali concorrono con gli eredi eziandio in linea retta discendentale, e, in alcuni casi, anche relativamente agli ospizi (*ved.* il t. I, n. 421; ed *infra*, n. 483 e seg);

2° I successori irregolari vengono in generale chiamati nell' ordine gerarchico testè additato, eccettuati nulladimeno gli ospizi(*infra*, n. 483 e seg).

§ I.

Dei diritti dei figli naturali sui beni del padre o della madre loro trapassati. — Esposizione storica.

SOMMARIO.

6.—Considerazioni generali.
7.—Del diritto romano in questa materia.
8.—Del nostro antico diritto francese.
9.—Della legislazione intermedia.
10.—Continuazione.
11.—Del novello diritto.—Divisione.

6. — Lo scopo politico e sociale della trasmissione ereditaria dei beni si è la conservazione delle famiglie: or i figli nati fuori matrimonio non sono nella famiglia del padre o della madre loro: dunque sono, anche per tal circostanza, fuori il sistema generale delle successioni; e l'onore del matrimonio, di accordo con l' interesse delle famiglie, non permette di fatti che si attribuiscano ai frutti del disordine i diritti ereditarii pertinenti ai figli nati da legittima unione.

Ma, d' altro lato nulladimeno, l' autore del figlio naturale ha contratto verso di lui, pel fatto medesimo della generazione, l' obbligo di lasciargli i mezzi di sostentar la vita datagli: la equità, l' umanità richieggono che tale obbligazione venga adempita; e lo Stato medesimo vi è interessato, affinchè i figli illegittimi, privi di ogni mezzo, non divengano nel suo seno, un impaccio ed un pericolo.

Ecco le due capitali considerazioni, domi-

nanti questo difficile problèma; e la miglior soluzione sarà quella la quale, mercè di una prudente e ponderata conciliazione, avrà saputo attribuire una parte sufficiente a ciascuna di esse.

Le anteriori legislazioni non vi erano riuscite; e ci offrono, a vicenda, lo spettacolo, ora di un rigore eccessivo il quale, nello interesse della società e delle famiglie, degenera verso i figli naturali in vera inumanità, ora di una eccessiva indulgenza la quale, nello interesse dei figli naturali, sacrifica scandalosamente i diritti più sacri delle famiglie e dell' ordine sociale.

7. — Lo eccezionale ordinamento della romana famiglia vi aveva prodotto dapprima il singolare fenomeno, che le distinzioni fra le diverse classi di figli, le quali erano importantissime nella successione del padre, non venivano per contrario menomamente riguardate nella successione della madre.

Trattavasi forse della successione del padre? I figli sotto la patria potestà vi erano soli chiamati; se ne escludevano non solo gli *spurii*, riguardo a cui la paternità era incerta, ma eziandio i *liberi naturales*, nati dal *concubinatus*, la cui filiazione nulladimeno era certa rispetto al padre.

Trattavasi forse della successiooo della madre? Siecome non vi era per la madre *patria potestas*, e così tutti i figliuoli indistintamente venivano trattati colla medesima guisa, sia che fossero nati *ex justis nuptiis*, *ex concubinatu*, o *ex vaga venere*; val dire che, nell' epoca in eui i figli non succedevano alla madre loro, nessuno di essi le succedeva, del pari che quelli nati *ex justis nuptiis* e quelli nati *ex concubinatu* o *ex vaga venere*; e che, nell' epoca in cui i figli venvero chiamati alla materna successione, dal diritto pretorio dapprima, come cognati, e poscia dal diritto civile, tutti i figli vi vennero parimente chiamati indistintamente, non solo quelli nati *ex justis nuptiis*, ma eziandio quelli nati *ex concubinatu* ed eziandio *ex vaga venere*.

Talchè mentre la sola filiazione legittima veniva considerata nella soccessione del padre, la sola filiazione naturale veniva considerata nella successione della madre.

Ma, quando i progressi del tempo e dei costumi ebbero modificato tale ordinamento della famiglia, la distinzione dei figli nati da matrimonio legittimo ed altri presentossi, appo i Romani, col suo eminente carattere di sociale moralità: ed accadde che taluni figliuoli, i quali venivano dapprima esclusi dalla paterna successione, vi furono per contrario ammessi; mentre taluni figli dapprima ammessi alla materna successione ne vennero per contrario esclusi.

Quindi Giustiniano ammise allo successione del padre i *liberi naturales*, i soli riguardo a cui la paternità fosse certa, ed attribuì loro il sesto, quando il defunto non lasciasse figli legittimi nè moglie, e semplici alimenti nel caso opposto (Nov. 89, cap. XII, § 4 e 6).

Mentre esclose dalla successione della madre gli *spurii*, almeno quando la madre appartenesse alla classe delle persone *illustri* (L. 5 Cod. *ad senatus orphit.*)

Circa i figli nati da unione incestuosa e contraria alle leggi, *ex complexu nefario aut incesto*, l' imperatore non solo gli escluse eziandio dalla successione del padre e della madre; ma non attribuì loro neppure alimenti: *neque alendus est a parentibus!* (Nov. 89, cap. XV; l. 6; Cod. *de incest. nupt. authent. ex complexu*).

8. — La nostra antica giurisprudenza erasi mostrata severissima verso i figli nati fuori matrimonio (V. il nostro tomo V, n: 376).

Ed un tempo in Francia era regola indeclinabile « *non succedere i figli bastardi.* » (Art. 340 della cons. di Orleans).

Questa regola era quella di quasi tutte le consuetudini, tranne alcune le quali *si mostravano singolari*, come dice Lebrun; *con la successione dei bastardi*, ammettendoli alla successione della madre loro ed eziandio dei loro parenti materni, come un tempo nel primo stato del diritto romano. Tali erano le consuetudini di Valenciennes, di Saint-Omere quella di Théronane, la quale dichiarava: *Nessuno è bastardo da parte della madre* (Confr. Lebrun, l. I, cap. II, sez. 1, n. 5; di Agnesseau, t. VII, p. 425).

Ma, a prescindere da tali eccezioni, le quali sembravano tanto esorbitanti da oppugnarsene l'applicazione per sino nel perimetro giurisdizionale di quelle consuetudini, il diritto comune della Francia si era che « *I bastardi non succedono alla madre loro ed ai loro parenti materni del pari che al padre loro.* » (Pothier, *delle Successioni*, cap. 1. sez. II, § 3).

È ben vero che essi avevono diritto ad alimenti; ma, circa un diritto qualsivoglia di successione, la nostra antica legislazione lo aveva loro sempre negato; e, in mancanza di parenti in grado di succedere, la successione

andava devoluta al conjuge superstite oppure allo Stato, ad esclusione dei figli naturali del *de cujus* (confr. Pothier, *loc. supra cit.* ; ed introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, articolo CCCX; *Trattato delle persone* , part. I, tit. IV; Bacquet, *del diritto di bastardigia*, 1. part. cap. 1; n. 6; Furgole, *dei Testam*, cap. VI, sez. II, n, 90 e seg., Serres, p. 56; Merlin, *Rep.*, v. *Bastardo*, sez. 1. n. 2).

9. — I principii , i quali trionfarono mercè il politico rivolgimento del 1789, dovevano di necessità immegliare la condizione dei figli naturali; ed avrebbesi indubitatamente sol potuto plaudire , nello interesse della umanità e dell' ordine sociale, al mitigamento moderato dei rigori onde erano stati sino allora trattati.

Ma non era quello il tempo delle moderate riforme; e la reazione, nella propria violenza, sorpassò per contrario tutti i limiti!

La legge del 4 giugno 1793 fermò primamente per massima che :

« *I figli nati fuori matrimonio succederanno ai loro genitori nella forma che verrà determinata.* »

Bentosto la legge del 12 nebbioso anno II proclamò che :

I loro diritti di successibilità (nella successione dei genitori) *saranno gli stessi che quelli degli altri figli* (art. 2);

E che vi sarà successibilità reciproca tra essi ed i loro parenti collaterali in mancanza di eredi diretti (art. 9).

L'art. 13 eccettuò da tali disposizioni i figli adulterini, cui *verrà semplicemente conceduto, a titolo di alimenti , il terzo in proprietà della porzione cui avrebbero avuto diritto; se fossero nati in costanza di matrimonio.* (E notevole che tal porzione, attribuita dal diritto intermedio ai figli adulterini sarà precisamente quella che il Codice Napoleone attribuirà dappoi ai semplici figli naturali in concorso con figli legittimi. Art. 757 — 674.)

Quindi non evvi più differenza tra il figlio nato da legittimo matrimonio ed il figlio il quale è il frutto del disordine : il figlio naturale ha, nella successione dei suoi genitori e dei parenti del padre o della madre, gli stessi diritti del figlio legittimo; esso entra nella famiglia !

E, come se fosse stato uopo che nulla mancasse a tali eccessi, la legge del 12 nebbioso anno II, mercè di una mostruosa retroattività, statuì che le sue disposizioni dovessero applicarsi, pel passato, alle successioni aperte dal 14 luglio 1789 ! (Conf. art. 1 a 7.)

10. — Non è da meravigliare il vedere i pubblici poteri del paese , legislatori e magistrati, bentosto con tutte le proprie forze, con tutti i mezzi farsi ad arrestare i disastrosi effetti di cotesto scandolo!

Primieramente la legge del 15 termidoro anno IV dichiarò che « il diritto di succedere ai loro genitori , conferito ai figli nati fuori matrimonio dalla legge del 4 giugno 1793 , avrà effetto su le eredità spettate posteriormente alla pubblicazione di questa legge ; e che l'effetto retroattivo, attribuito al diritto medesimo con la prima disposizione dell'art. 1° della legge del 12 nebbioso anno II, rimane abolito. » (V. altresì l'art. 13 della legge del 3 vendemmiajo anno IV, onde erasi primamente disposto che l'art. 1° della legge del 12 nebbioso *avrebbe effetto a cominciare dal giorno della sua pubblicazione.*)

E poscia la giurisprudenza forense statuì che i diritti dei figli naturali nelle successioni aperte dopo la promulgazione della legge del 12 nebbioso anno II, e prima della promulgazione del Codice Napoleone, verrebbero determinati . . . dal Codice Napoleone!

Ma come dunque ?

L'art. 1° della legge del 12 nebbioso anno II non dichiara forse positivamente che i figli nati fuori matrimonio *verranno ammessi* (alle successioni dei loro genitori), le quali *si apriranno in avvenire* ?

È ben vero; ma questo articolo soggiungeva: *sotto la riserva fermata col susseguente art. 10*.

Or l'art. 10 dichiarava che: « riguardo ai figli nati fuori matrimonio, il cui padre o madre saranno ancora viventi nel momento della promulgazione del Codice civile, lo stato loro ed i loro diritti verranno pienamente determinati dalle disposizioni di questo Codice. »

E di qui i magistrati inferirono che la legge del 12 nebbioso anno II, la quale era , nello intendimento dei suoi autori, una legge provvisoria, avesse essa medesima inviato al Codice civile pel determinamento di tali successioni, la promulgazione del quale, in quella epoca, consideravasi assai prossima , e, ad onta dello impreveduto indugio sofferto dalla promulgazione medesima, tornava impossibile ai magistrati, *senza partecipare* , come dichiarò la Corte di cassazione , *allo esercizio del potere legislativo*, estendere l'applicazio-

ne delle disposizioni della legge del 12 nebbioso a successioni per cui non erasi promulgata.

Non dobbiamo discutere qui tal controversia, la quale venne sì gravemente agitata nel periodo intermedio: nulladimeno torna impossibile non osservare;

1° Che l'art. 10 della legge del 12 nebbioso anno II applicavasi ai figli *i cui genitori saranno ancora viventi nel tempo della promulgazione del Codice civile*, e che pareva quindi lasciare sotto l'impero della stessa legge di nebbioso le successioni dei genitori *trapassati prima della promulgazione del Codice civile;*

2° Che tale interpetrazione attribuiva alla legge del 12 nebbioso anno II questa destinazione veramente singolare di una legge, la quale, a dir vero, avrebbe regolato soltanto il passato.

3° Che essa stabiliva inoltre, nella legislazione sui diritti successorii dei figli naturali, una soluzione di continuità ed un vôto, i quali tenevano in sospeso, *ed in un'assoluta incertezza* (come dichiaravano gli stessi giudicati) il regolamento di tutte le successioni aperte nello intervallo dalla promulgazione della legge del 12 nebbioso anno II alla promulgazione del titolo delle successioni del Codice Napoleone (29 germile anno XI), val dire durante lo intervallo di un decennio!

4° Da ultimo che essa medesima conduceva ad un' applicazione manifestamente retroattiva delle disposizioni del Codice Napoleone!

Ma la legge del 12 nebbioso aveva arrecato all'onoranza verso il matrimonio e la pubblica morale gravissima offesa: il male era immenso, e la nazione attendeva ansiosamente il fine di cotesto intollerabile reggimento. È questo il motivo per cui, come già osservammo, gli autori del Codice Napoleone credettero dovere, nell'art. 338 — 261, con una preventiva dichiarazione, la quale non racchiudeva ancora alcuna legislativa soluzione, calmare la pubblica inquietezza e raffermare le basi dell'ordine sociale (*ved.* il nostro t. V, n. 536); ed è lecito divisare che sì gravi considerazioni ebbero pure gravissima influenza su la giurisprudenza forense, la quale, attenendosi alla formola alquanto equivoca degli art. 1 e 10 della legge del 12 nebbioso, fece trionfare la interpetrazione a norma di cui quella legge non doveva regolare le successioni aperte nello intervallo dalla promulgazione sua alla promulgazione del Codice Napoleone.

Checchè ne sia, la giurisprudenza consolidossi diffinitivamente in tal senso (conf. arresto C. cass. 2 neb. anno XIII, Dewatines; 4 piov. anno VIII, Olivier; 2 vent. anno XII, Picard; 13 frutt. anno XIII, Lhermite; D. *rac. alfab.* (nuova ediz.), t. XLI, v. *Successione*, n. 267, Chabot, *Quist. transitorie*, v. *Figli naturali*, t. 1, p. 396; Loiseau, *dei figli naturali*, p. 132; Malcville, t. II, p. 243.)

E la legge del 14 fiorile anno XI ritenne tal giurisprudenza, statuendo che:

Lo stato ed i diritti dei figli nati fuori matrimonio, i cui genitori sieno morti dopo la promulgazione della legge del 12 nebbioso anno II, sino alla promulgazione dei titoli del Codice *su la Paternità e la filiazione* e su *le Successioni*, vengono determinati nel modo imposto con questi titoli (art. 1). »

L'art. 3 della legge del 14 fiorile riteneva soltanto « le convenzioni e le sentenze passate in giudicato, onde lo stato ed i diritti di detti figli naturali fossero stati determinati... » (Conf. i decreti dei 4 e 6 giu. 1793 e del 31 lug. 1793; legge del 12 nebbioso anno II; legge del 22 ventoso anno II; decreto del 4 piovoso anno II; legge del 3 vendemmiajo anno IV; legge del 26 vendemmiajo anno IV; legge del 15 termidoro anno IV; legge del 2 ventoso anno VI; legge del 14 fiorile anno XI.)

11. — Gli autori del Codice Napoleone hanno pure fermato, in questa materia, una specie di transazione fra il diritto antico ed il diritto intermedio; e, preservandosi dallo eccesso di severità onde la legislazione anteriore al 1793 aveva trattato i figli nati fuori matrimonio, hanno avuto eziandio la saggezza di porre termine alla scandalosa indulgenza della legislazione dell'anno II.

Altronde il Codice stabilisce una essenziale distinzione trai semplici figli naturali ed i figli adulterini o incestuosi.

Ed è necessario esporre separatamente i diritti degli uni e degli altri nella successione del padre o della madre loro.

ARTICOLO I.

Dei diritti dei semplici figli naturali nella successione del padre o della madre loro.

SOMMARIO.

12.—Esposizione.

13.—A. I figli naturali han diritto su' beni del padre o della

madre loro trapassati sol quando sieno stati legalmente riconosciuti.

12. — L'art. 756 — 674 dispone :

« I figli naturali non sono eredi; la legge » non accorda ad essi un tal diritto sopra i » beni del loro padre o madre defunti, se non » quando sieno stati legalmente riconosciuti. » Essa non accorda ai medesimi alcun diritto » sopra i beni dei parenti del loro padre o » della madre. »

Bentosto torneremo a ragionare intorno alla disposizione di questo articolo, il quale dichiara che i figli naturali non sono eredi (*infra*, n. 24 e seg.)

Ma è necessario fermare qui, innanzi tutto, due regole, le quali formano le due ultime disposizioni dell'art. 756, e le quali dominano interamente il nostro subbietto , cioè :

A. Che i figli naturali han diritto sui beni del padre o della madre loro trapassati sol quando sieno stati legalmente riconosciuti ;

B: E che la legge non concede loro alcun diritto sui beni dei parenti del padre o della madre loro.

13. A. Che i figli nati fuori matrimonio non possono aver diritto nella successione *del padre* o *della madre loro*, eccetto quando la loro filiazione verrà legalmente comprovata; la qual cosa è manifesta; dappoichè diversamente non hanno, al cospetto della legge, *padre* o *madre*, e sono figliuoli *vulgo concepti*.

In qual modo conviene che sieno stati riconosciuti ?

Ed in quale epoca ?

Altrove abbiamo trattato questi due punti, pertinenti al titolo *della paternità e della filiazione*; e dobbiamo inviare i leggitori ai chiarimenti quivi recati.

Dunque ci basterà accennare le soluzioni , onde tal duplice quistione sembra , a parer nostro, suscettiva.

13 *bis.* — E primieramente in qual modo è uopo che i figli naturali sieno stati riconosciuti, per venire ammessi ad esercitare sui beni del padre o della madre loro trapassati il diritto ad essi conceduto dagli art.756 e seg.?

Semplicissima è la risposta :

L'art. 756 dichiara che è uopo venire i figli naturali *legalmente riconosciuti* , val dire che la loro filiazione siasi comprovata secondo le condizioni e le forme richieste dalla legge a tale obbietto.

Or la filiazione naturale può comprovarsi non solo col volontario riconoscimento del padre o della madre (art.334 — 257), ma eziandio mercè giudicato dichiarativo, sia della maternità, sia, in determinato caso, della paternità (art. 340, 341 — 263, 264.)

Dunque i figli naturali la cui filiazione è stata dimostrata , sia mercè volontario riconoscimento, sia mercè di un giudicato , vengono egualmente ammessi ad esercitare, nella credità del padre o della madre loro, i diritti ad essi conceduti dal Codice Napoleone.

Questo sillogismo ci sembra convincente; tanto più che non esiste alcun motivo di differenza fra l' uno e l' altro modo di pruova, e la logica al pari della ragione richieggono che la filiazione naturale produca tutti gli effetti dalla legge attribuitile, quante volte siasi assodata con un genere di pruova dalla stessa legge permesso ; avvegnachè la causa di tali effetti, la procreazione della prole, ed i doveri che ne emergono, sussiste al cospetto della legge in entrambi i casi.

E ben vero essersi sostenuta da Merlin la opposta tesi con molta fermezza(*Rep.* t. XVII, v. *Successione* , sez. II, § 2, art. 1, e *Quist. di dir.*, t. IV,v. *Maternità*, p. 291).

E la *Temi*, nel frammento di un comentario inedito sul titolo delle successioni, ha preteso altresì stabilire una differenza frai due modi di riconoscimento:

« Debbesi credere, dice l' autore, che il figlio nón riconosciuto merita dalla legge un favore abbastanza particolare per essere ammesso a raccogliere i beni dei suoi genitori, loro malgrado: l' abbandono troppo ordinario di questa specie di figli, la mancanza di educazione, gli espongono spesso alla corruzione

ed a moltiplici vizi: è necessario incoraggiarli al bene mercè la speranza di qualche ricompensa; e per essi non evvene alcuna che maggiormente li lusinghi della speranza di venire riconosciuti dài loro parenti... Ma se tale riconoscimento può supplirsi dai tribunali, allora è perduta ogni morale garentia; dappoichè i magistrati debbono statuire su le pruove della filiazione, o non su le qualità individuali....» (*Temi*, t. V, p. 229).

E agevole ravvisare che tali considerazioni tenderebbero direttamento a dimostrare che la legge avrebbe dovuto ammettere il solo riconoscimento volontario; ed è questa una tesi ben diversa.

Ma tostochè la legge ammetteva il riconoscimento forzato, doveva al certo attribuirgli gli stessi effetti del riconoscimento volontario.

Laonde cotesta dottrina non prevalse; ed effettivamente non poteva prevalere (confr: il nostro t. V, n. 538—539; decis. C. di Parigi 27 giugno 1812, Levassor, Sirey, 1812, 2, 118; di Rouen 17 marzo 1813, Boullanger, Sirey, 1813,2,230; di Caen, 2. cam., 7 apr.1832, Dorey: Delvincourt, t. I, p. 90, nota 4; Chabot, t. II, art. 756, n. 7; Duranton, t. III, n. 255; Valette sopra Proudhon, t. II, p. 161, Demante, t. III, n. 74 *bis*. IV; Ducaurroy, Bonnier e Ronstaing,t.II, n.508).

44. — Conseguentemente si dovrebbero eziandio concedere i diritti determinati dagli art. 757 e seg. — 674 al figlio naturale, la cui filiazione verrebbe dimostrata col possesso di stato, se si ammettesse il possesso di stato poter formare pruova della filiazione naturale (confr. il nostro tomo V. ; n. 477 e seg. e n. 538).

45. In quale epoca è mestieri che il figlio naturale sia stato riconosciuto per poter conseguire nella eredità del padre o della madre i diritti conceduti gli dal Codice ?

Volendo attenersi al senso letterale dello art. 756 potrebbesi divisare esser necessario comprovarsi la filiazione prima dell'apertura della successione: di fatti detto articolo dichiara che la legge conferisce loro diritti sui beni del padre o della madre loro *defunti* sol *quando sieno stati legalmente riconosciuti*.

Dalle quali cose conseguiterebbe che la indagine della maternità (o della paternità, nel caso in cui sia permessa) non potrebbesi esercitare dal figlio dopo morto il suo autore ad obbietto di dimandare diritti nella sua eredità.

Ma tal dottrina non potrebbe venire accolta:

Ben si comprende la filiazione non venire creata dal giudicato: con esso semplicemente viene riconosciuta e dichiarata; or al fatto medesimo della filiazione naturale la legge attribuisce taluni diritti successorii: dunque tali diritti debbono appartenere al figlio nella eredità del suo autore, sia qualunque l'epoca nella quale siasi comprovata la sua filiazione, prima o dopo l'apertura della successione: di fatti il testo della legge richiede una sola cosa, cioè che i figli naturali sieno stati legalmente riconosciuti, senza stabilire all'obbietto alcun termine: or il figlio, comunque la sua filiazione siasi assodata dopo la morte del suo autore, trovasi sempre nei termini dell'articolo 756; dappoichè è ben fondato lo affermare essere stato legalmente riconosciuto (ved. pure *infra*, n. 154).

46. — Ed avrebbesi potuto altresì dimandare, in senso affatto opposto, se, trapassato il loro autore, i figli naturali dovessero venire ammessi alla indagine della loro filiazione in condizioni meno severe di quelle cui la indagine medesima va sottoposta nel corso di sua vita; avvegnachè lo scandalo di tale azione è al certo molto minore, quando venga instituita non avverso la persona stessa cui la filiazione naturale trovasi attribuita, ma semplicemente avverso la sua eredità.

Ma il vero si è non doversi fare la minima differenza in ambedue i sensi, relativamente all'epoca a cui potrebbesi far risalire la filiazione; e forse anche per escludere tale idea l'articolo 756 impone qui una condizione già additata dall'art. 338—261, cioè che i figli naturali sieno stati legalmente riconosciuti (confr. Ducaurroy Bonnier e Roustaing, t. II, n. 508).

46. *bis*. — Si è molto abusato del vocabolo *defunti*, adoperato per ben due volte nel testo in esame (art. 756-757—674).

Alcuni, come testè ravvisammo (*supra*, n. 15-16), riferendolo alla data del riconoscimento pretesero che la pruova della filiazione dovesse acquistarsi prima della morte dei genitori.

Altri, come appresso osserveremo, riferendolo ai beni lasciati dai genitori, hanno opinato che il diritto del figlio naturale potesse esercitarsi sui beni soltanto esistenti, dopo la loro morte, nella eredità; per modo che il figlio naturale neppur potrebbe dimandare la sua riserva sui beni donati tra vivi, nè eser-

citarla, a credere di alcuni, sui beni legati!

Ma queste due interpretazioni sono del pari mal fondate.

Il vocabolo *defunti* non si riferisce all'epoca in cui la filiazione del figlio naturale avrà dovuto comprovarsi, nè ai beni su cui può sperimentarsi il suo diritto.

Esso dinota unicamente che sol *dopo la morte* del padre o della madre il figlio naturale potrà esercitare i diritti conferitigli dal Codice; ovvero, in altri termini, che l'articolo 756 il chiama sol quando la successione trovisi aperta.

A dir vero ciò sembrava alquanto superfluo dichiarare; avvegnachè l'art. 756 si rinviene nel titolo delle successioni.

Ma, siccome erasi molto parlato di *credito* relativamente al figlio naturale, il legislatore avrà voluto forse antivenire le conseguenze pericolose che avrebbero potuto emergerne, dichiarando positivamente che il figlio naturale non potrebbe, nel corso della vita del padre o della madre, dimandare una porzione qualsivoglia dei loro beni, salvo semplicemente il suo diritto agli alimenti (*ved.* il nostro tomo IV, n. 16 e seg).

17. — Basta qui rammentare che, a norma dell'art. 337—260, il riconoscimento fatto durante il matrimonio da uno dei conjugi, a pro di un figlio naturale da lui avuto, prima del suo matrimonio, da individuo diverso dal proprio conjuge, non potrà nuocere a costui, nè ai figli nati dal matrimonio medesimo.

Dalle quali cose conseguita che, in questa particolare ipotesi, il figlio così riconosciuto non potrebbe dimandare, verso i figliuoli legittimi o il conjuge del suo autore, i diritti successorii che gli art. 757 e seg. conferiscono in generale ai figli naturali legalmente riconosciuti (*ved.* il nostro tomo V, n. 466. 473 e seg).

18. — B. La seconda regola generale predominante il subbietto in esame (*supra*, n. 12) rinviensi formulata nell'ultima parte dell'art. 756, il quale dichiara che la legge non concede ai figli naturali alcun diritto sui beni dei parenti del padre o della madre loro.

Di fatti abbiamo ravvisato che il riconoscimento volontario o forzato del figlio naturale stabilisce legali rapporti fra questo figlio ed il padre o la madre stessa e lui solo; talchè, da parte del suo autore, il figlio naturale riconosciuto non ha alcun parente al cospetto della legge, nè nella linea ascendentale (eccetto il padre o la madre sua), nè nella linea collaterale (*ved.* il nostro t. V, n. 544; arresto C. cass. 16 apr. 1834; Ruysseleer, Dev. 1835,1,67; decis. C. di Grenoble 13 gennajo 1840; Cheval, Dev. 1840,2,246).

Indubitatamente lo stesso figlio naturale, quando abbia contratto matrimonio, diviene il capo legittimo della famiglia da lui formata; e può succedere ai proprî figli ed al proprio conjugo, come i figli suoi ed il suo conjuge possono succedere a lui stesso (*ved.* il nostro t. V, n. 549, ed il nostro t. I, *delle Successioni* n. 167).

Ma qui trattasi dei parenti del padre o della madre; e precisamente rispetto a costoro affermiamo essere ad essi legalmente estraneo (confr. pure il nostro t. IV, n. 20, *Trattato del matrimonio*; *ved.* nondimeno articolo 766, *infra*, n. 152).

19. — E da riflettere altresì che se il figlio naturale abbia figli legittimi, esiste tra questi figliuoli ed il padre o la madre che l'abbia riconosciuto, una vera parentela.

Indubitatamente, come affermava Pothier, non è una parentela legittima quella che unisce il figlio legittimo di un figlio naturale al padre o alla madre che abbia riconosciuto il figlio medesimo (*delle Successioni*, cap. II, sez. 1, 153).

Ma questa parentela la quale è semplicemente naturale, rimane sempre dimostrata al cospetto della legge: quindi abbiamo già osservato, ed osserveremo ancora che la legge stessa vi rannoda effetti civili *importanti* (confr. il nostro t. V, *Trattato della paternità e della filiazione*, n. 550-551, ed *infra*, n. 84, art. 759; Demante, t. III, n, 74 *bis*, V).

20. — Dal concedere qui l'art. 756 alcuni diritti ai figli naturali sui beni del padre o della madre *defunti* non è da inferire che i figliuoli medesimi non potrebbero dimandare alimenti avverso il padre o la madre nel corso di lor vita.

Abbiamo fermato altrove la opposta dottrina, avverso la quale non potrebbesi muovere alcun grave dubbio (*ved.* il nostro t. IV, n. 16-19, *Trattato del matrimonio e della separazione personale*).

Se l'art. 756 ha adoperato questa formola, la ragione si è che di fatti trattasi, nel titolo in esame, di determinare i diritti dei figli naturali nella eredità dei loro genitori, che questa ipotesi suppone conseguentemente *defunti* (*supra*, n. 16 *bis*).

21. — Ben si comprende che i figli naturali hanno gli stessi diritti sui beni, sia del padre loro, sia della loro madre, quando sieno stati riconosciuti, sia dall'uno, sia dall'altra: la legge non fa all'obbietto veruna differenza tra il padre o la madre; e ciò che affermeremo circa l'uno dovrà sempre applicarsi egualmente all'altra.

È pure indubitato che il figlio naturale, riconosciuto nel tempo stesso dal padre e dalla madre, non ha diritto, nella eredità di ciascuno di essi, alla porzione di beni deferitagli dal Codice.

22. — Su le mosse d'imprendere a trattare cotesta ardua materia, quale è mai la regola generale d'interpetrazione da presceglierе per servirci, in certa guisa, di scorta?

Assumeremo, con alcuni, per divisa la massima: *In dubio pro liberis naturalibus*?

Ovvero, con altri più numerosi, la massima opposta: *In dubio contra liberos naturales*?

Se la prima, si è detto, sembra più equa ed umana, la seconda è più unisona allo spirito onde trovansi concepute le disposizioni del Codice (Zachariæ, Aubry e Rau, t. IV, p. 204).

Rispetto a noi, siamo poco inclinati a tali specie di generalità; o ci pare qui, in particolare, prudenza il non prendersi preventivamente alcun partito *pro* nè *contra*, ed attenersi sempre, per quanto sia possibile, nei casi non contemplati, al probabile intendimento del legislatore, come le sue disposizioni, nei casi contemplati, sembrano svelarlo. Soggiugniamo, con Gros, che avendo la stessa legge determinato il disfavore cui debbe soggiacere la qualità di figlio naturale, la dottrina e la giurisprudenza, invocando la massima *in dubio contra liberos naturales*, correrebbe rischio di eccedere lo scopo della legge (*dei Diritti successorii dei figli naturali*, prefaz. 8).

23. — Premesse tali cose, tre sono i punti da esaminare:

1° Qual è mai la natura del diritto che gli art. 756 e seg. concedono ai figli naturali sui beni del padre o della madre trapassati?

2° Quale è mai la quantità o estensione di tal diritto?

3° Circa il determinamento dei diritti successorii, quale è mai lo effetto delle liberalità fatte dal *de cujus* sia al figlio naturale o ai discendenti di costui, sia ai suoi eredi legittimi?

§ I.

Qual è mai la natura del diritto che il Codice Napoleone concede a'figli naturali su'beni del padre o della madre loro trapassati?

24. — I figli naturali non sono eredi. — Ma che sono mai, e qual è mai la natura del loro diritto? — Importanza di tal quistione generale.

25. — Cenno storico della compilazione dell'art. 756.

26. — Evvi una teorica a norma di cui il diritto del figlio naturale sarebbe un semplice *credito*. — Esposizione.

27. — Continuazione. — Confutazione. — Il diritto del figlio naturale è, salvo la quantità, della stessa natura del diritto dell'erede legittimo; ovvero, in altri termini, constituisce un vero diritto ereditario.

28. — Continuazione.

29. — Continuazione. — Conseguenze.

30. — 1°. Il figlio naturale gode il diritto di accrescimento.

31. — 2°. La collazione è dovuta al figlio naturale dagli eredi legittimi. — Rimando.

32. — 3°. La riduzione, onde il padre o la madre avesse scemato la parte di uno de'suoi figli naturali, in conformità dell'art. 761, gioverebbe forse agli altri figli naturali o soltanto a'figli legittimi?

33. — 4°. I figli naturali han diritto a'frutti de'beni ereditarii a principiare dal giorno dell'apertura della successione.

34. — 5°. Il figlio naturale dee contribuire, in proporzione della parte sua, con gli eredi legittimi al pagamento dei legati particolari.

35. — 6°. In qual modo e su quali beni debbesi computare la riserva del figlio naturale? — Indicazione. — Rimando.

36. — 7°. Il figlio naturale può dimandare la sua porzione in natura, val dire in beni mobili ed immobili ereditarii.

37. — 8°. Il figlio naturale può dimandare tutti i provvedimenti, il cui scopo siasi comprovare e conservare i valori ereditarii.

38. — 9°. La divisione della eredità non può aver luogo senza concorrervi il figlio naturale, il quale ha diritto di dimandarla. — Le quote debbono estrarsi a sorte.

39. — 10°. L'azione di divisione competente al figlio naturale debbesi sommettere al giudice del luogo dell'apertura della successione.

40. — 11°. Il figlio naturale ha gli stessi diritti che avrebbero gli eredi, verso i terzi compratori, cui gl'immobili ereditarii sarebbero stati trasmessi da un erede legittimo o da qualunque altro.

41. — 12°. Il figlio naturale può esercitare il retratto successorio stabilito dall'art. 841 avverso il cessionario de'diritti successorii di uno degli eredi; del pari che gli eredi possono esercitare il retratto medesimo avverso il cessionario de'diritti successorii del figlio naturale.

42. — 13°. L'erede il quale abbia rinunziato non può più di poi accettare la eredità, quando il figlio naturale abbia ottenuto o semplicemente dimandata la immissione in possesso o il rilascio.

43. — 14°. Il figlio naturale non può rinunziare, durante la vita de'suoi genitori, al diritto che la legge gli conferisce nella loro eredità.

43 *bis*. — Il figlio naturale minore può invocare l'applicazione dell'art. 1013 C. pr.

24. — Alla quistione quale sia la natura del diritto competente ai figli naturali sui beni del padre o della madre trapassati, l'articolo 756—674 risponde a dir vero con una negativa.

Essi non sono eredi.

Benissimo!

Ma che cosa sono?

L'articolo soggiugne che la legge conferisce loro un diritto... Ma quale è mai la natura di questo diritto? L'articolo in esame neppur lo dichiara.

Nulladimeno capitale è cotesto primo punto! avvegnachè il diritto dei figli naturali, secondo che avrà un determinato carattere, produrrà effetti assai diversi; e nella maggior parte le quistioni, cotanto numerose; che tale difficile materia può far sorgere, annodandosi, come corollarii, a cotesta fondamentale premessa.

Laonde la formola alquanto equivoca dell'art. 756 ha apportato sin dalle belle prime, nel nostro subbietto, molto oscurità; e noi ravviseremo che ancora oggidì la dottrina e la giurisprudenza sono ben lungi dallo offrire qui, sui punti anche più pratici, tutta la chiarezza e l'armonia che dovrebbero dominarvi.

25. — Ma importa, innanzi tutto, di far conoscere la storia della compilazione dell'articolo 756: è questo, come bentosto ravviseremo, un primo ed essenzialissimo elemento d'interpetrazione nelle controversie che l'articolo medesimo ha fatto sorgere.

L'articolo 54 del progetto di Codice civile dell'anno VIII era così conceputo:

« Il figlio naturale, il quale non ha parentela civile risultante dal matrimonio, *non è erede. La porzione che la legge gli attribuisce sui beni dei suoi genitori, è un credito fondato su l'obbligazione naturale da essi contratta verso di lui.* »

L'art. 55 dichiarava che:

« Questa porzione, quando il padre o la madre lasci figli o discendenti o ascendenti legittimi, è in proprietà di un valore eguale al terzo della porzione ereditaria, che il figlio naturale avrebbe avuto diritto di raccogliere nella eredità di suo padre o di sua madre, se fosse stato legittimo, ec. »

E l'articolo 60 conteneva la seguente disposizione:

« Quante volte siavi luogo a liquidare la porzione spettante al figlio naturale, l'erede di legittimo cui è dimandata debbe esibire uno stato estimativo sommario dell'attivo e del passivo della eredità, secondo il quale è stabilita la porzione del figlio, *ed offrirgli il valore di questa porzione in contante o in fondi.*

« *La scelta compete all'erede legittimo.*

« Confr. Fenet, t. II, p. 433-434). »

Quindi il progetto non si limitava a dichiarare che *i figli naturali non sono eredi*; soggiugneva positivamente che la porzione, loro attribuita, *è un semplice credito*; e, desumendo le conseguenze del diritto così qualificato, concedeva all'erede legittimo, debitore, la facoltà di soddisfare, a sua scelta, *in contante o in fondi*.

Ma tal progetto venne notabilmente mutato.

Nella compilazione presentata al Consiglio di Stato dalla sezione di legislazione, l'articolo 42 (del progetto) dichiarava ancora, è vero, che *i figli naturali hanno un credito sui beni del padre o della madre defunti*; ma l'articolo il quale conferiva all'erede legittimo il diritto di offrirne il valore in fondi o in contante era sparito; ed inoltre l'art. 43 del nuovo progetto stabiliva il diritto del figlio naturale al terzo della *porzione ereditaria* che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo (Confr. Fenet, t. XII, p. 27).

Ma le disposizioni del progetto così modificato presentavano una vera contraddizione; dappoichè dichiaravano nel tempo stesso, da un lato, che il figlio naturale ha *un semplice credito* (ciò che poteva conferirgli soltanto un *jus ad rem*), e d'altro lato, che ha diritto ad una porzione *ereditaria* (la qual cosa conferivagli un *jus in re*).

Conseguentemente il console Cambacérès dimandò che « si evitasse il vocabolo *credito*, che si dichiarasse soltanto che i figli naturali non sono eredi, ma che la legge conferisce loro un diritto sui beni del padre loro. » (Fenet, t. XII, p. 28-29),

E la compilazione, adottata con l' emenda del console, divenne l' art. 756, come attualmente si legge.

26 — Qual è dunque ora, nel nostro Codice, il senso di questo articolo? e qual è mai la natura del diritto da esso attribuito al figlio naturale?

Evvi una teorica la quale, facendo in certa guisa capitale del progetto dell' anno VIII, imprese a sostenere che il diritto medesimo è sempre un *credito*.

A norma dell' art. 756, dicesi, i figli naturali non sono *eredi*: or, se non sono *eredi*, non hanno un diritto ereditario, val dire un *jus in re*, un diritto di proprietà; e se non hanno un diritto di proprietà, un *jus in re*, possono avere semplicemente un *jus ad rem*, val dire un semplice credito.

Si aggiugne che tal soluzione deriva logicamente dalla causa su cui è fondato il diritto del figlio naturale; dappoichè questa causa è unicamente l'obbligo personale contratto verso di lui dal padre o dalla madre, di provvedere ai suoi bisogni; ma la base medesima su cui poggia la trasmissione ereditaria dei beni, val dire questa specie di *condominium*, di comproprietà, esistente fra tutti i membri della famiglia, ed in conseguenza di cui la famiglia effettivamente si conserva e perpetua, manca interamente riguardo ai figli naturali, i quali non sono nella famiglia del padre o della madre loro. Dunque da parte del *de cujus* evvi semplicemente un debito da estinguere; e quindi il figlio naturale dee vantare un semplice credito.

Da cotesta tesi si desume una serie di conseguenze infinitamente gravi.

Quindi dal non essere il figlio naturale *erede* s' inferisce che è uopo dichiarargli inapplicabili tutti gli articoli in cui il Codice adopera il vocabolo *erede*; epperò si statuisce che la porzione degli eredi rinunzianti non gli compete per diritto di accrescimento (l'articolo 786—703); e che non gli è dovuta la collazione (art. 857—776).

Dall' essere egli semplice creditore, non avendo un *jus in re*, si desume che egli non avrebbe l' azion di rivendicazione contro i terzi compratori cui l' erede avesse trasmesso gl' immobili ereditari; ed eziandio nel caso in cui tal rivendicazione potesse competere ad un erede legittimo.

Si soggiugne che egli non ha diritto di dimandare una divisione per mezzo di estrazione a sorte, ec.

Or ora ci faremo a disaminare in modo più speciale ciascuna delle conseguenze prodotte da cotesta teorica (*infra*, n. 29 e seg).

Se non che osserviamo qui che tali conseguenze divengono singolari per talune contraddizioni assai gravi; dappoichè, mentre sono, nella maggior parte dei casi, ad evidenza troppo sfavorevoli al figlio naturale, per contrario talune gli tornerebbero manifestamente troppo favorevoli, e diverrebbero eziandio affatto esorbitanti: di fatti per considerarlo come creditore converrebbe statuire che i legati particolari non dovrebbero, in alcun caso, diminuire la sua porzione, ed anche quando concorresse, sui beni ereditarii, coi creditori ereditarii! (Confr. *infr.*, n. 34).

Ma tutte queste conseguenze sono del pari inammissibili.

E noi dobbiamo, innanzi di annientarle partitamente ed in particolare, tutte insieme rovesciarle di un sol colpo, dimostrando che il diritto del figlio naturale non ha menomamente il carattere di credito attribuitogli da cotesta teorica.

27. — Per contrario è uopo ritenere per indubitato che i figli naturali hanno un diritto di proprietà, un *jus in re*, in somma un diritto ereditario, il quale è assolutamente, salvo la quantità, della stessa natura del diritto degli eredi legittimi, ed il quale debbe essere conseguentemente regolato dagli stessi principii.

Tal è la dottrina del Codice, la vera e sola dottrina.

Ed abbondanti sono le pruove per dimostrarla:

1° Se gli autori del Codice avessero voluto che il diritto dei figli naturali constituisse un semplice *credito*, avrebbero avuto a ritenere le sole disposizioni del progetto dell' anno VIII, il quale lo qualificava così, ed il quale ne desumeva eziandio le conseguenze;

Or, per contrario, tutta questa parte del progetto è stata abbandonata;

Dunque è manifesto che gli autori del Codice non hanno inteso che tale fosse il carattere del diritto del figlio naturale.

E questa la ragione per cui hanno surrogato al vocabolo *credito*, il quale trovavasi nel progetto, il vocabolo *diritto*, il quale rinviensi nell' art. 756.

2° Ed ora quale è mai il carattere di questo *diritto* ?

Ad evidenza può essere non meno diritto di proprietà, *jus in re*; dappoichè non è un di-

ritto di credito nè un *jus ad rem*. L'articolo 756, il quale concede al figlio naturale tal diritto *sui beni* dei suoi genitori, è, su questo punto, affatto unisono alla formola dell' articolo 543—468, il quale definisce la proprietà il diritto che puossi avere *sui beni*.

Nell' articolo 758—674 trovasi pure adoperato il vocabolo *diritto*; ed è manifesto che questo vocabolo ha, nell' art. 758, lo stesso senso che negli art. 756 e 757: or di chi mai adunque il figlio naturale potrebbe essere creditore, quando sia solo, e, in mancanza di parenti in grado di succedere, consegna tutti i beni?

Allora la sua posizione è affatto simile a quella del conjuge superstite, quando costui venga chiamato, in mancanza di parenti in grado di succedere, e di figli naturali (articolo 767—683; è nessuno ha mai avuto l' idea di formare del conjugo superstite un creditore!

3° A norma dell' art. 711 la successione è un modo di acquistare la proprietà (articolo 711—632);

Or i figli naturali succedono ai loro genitori nella proporzione determinata con gli articoli 757 e 758;

Dunque acquistano, in tal proporzione; la proprietà dei beni ereditarii: dunque il diritto che vi acquistano è un diritto successorio, e, per esprimersi con esattezza, un diritto ereditario.

Di fatti precisamento nel titolo delle *Successioni* i loro diritti trovansi stabiliti; ed in questo medesimo titolo il capitolo che regola i loro diritti viene intitolato *delle Successioni irregolari*.

Quindi tutti gli articoli racchiudenti la chiamata dei figli naturali, e più generalmente la chiamata *dei successori irregolari*, imprimono energicamente al loro diritto su la successione, dallo istante in cui si apre, un carattere eminente di realità: i beni *passano loro*, dichiara l' art. 723—644; i beni ereditari gli *appartengono*, dichiara l' art. 767—683; ovvero a norma dell' art. 768—684, l' eredità *si acquista* da lui.

4° Da ultimo l' art. 757 dichiara che se il padre o la madre abbia lasciato figli legittimi, il diritto del figlio naturale è di *un terzo della porzione ereditaria che egli avrebbe conseguito*, se fosse stato legittimo; che è della metà quando il padre o la madre lascino ascendenti o fratelli o sorelle; e dei tre quarti quando non lascino discendenti nè ascendenti, nè fratelli nè sorelle;

Or, se il figlio naturale fosse stato legittimo, avrebbe avuto un *jus in re*, un diritto di proprietà in somma, un diritto ereditario;

Dunque debbe avere pel terzo, per la metà o pei tre quarti (come per lo intero, nel caso contemplato con l' art. 758), un diritto ereditario; dappoichè, in conformità del testo medesimo dell' art. 757, il suo diritto corrisponde a quello del figlio legittimo, il quale ne forma il tipo e la base; è mestieri, per determinare tal diritto, supporre primamente che il figlio naturale stesso è legittimo, e quindi dar luogo a riduzione: dunque, salvo questa riduzione, il suo diritto, dalla medesima legge qualificato *porzione ereditaria*, è e rimane assolutamente della stessa natura del diritto dell' erede legittimo.

5° Ma si esclama: *i figli naturali non sono eredi*. Ciò vien proclamato dall' art. 756.

Eh! indubitatamente! ma che cosa mai vuol ciò dinotare!

Una sola, cioè che non sono eredi legittimi; e questa dichiarazione dell' art. 756 è un rimando agli art. 723 e 724, i quali effettivamente distinguono due classi di successioni: *gli eredi legittimi ed i figli naturali, del pari che il conjuge superstite e lo Stato*.

Questa dichiarazione venne inspirata al legislatore del nostro Codice dallo stesso pensiero che gli aveva già dettato l' art. 338—261 (*supra*, n 10): ha voluto nel momento in cui accingevasi a determinare i diritti successorii, protestare ancora avverso l' assimilazione che la legislazione intermedia aveva fatta tra il figlio naturale ed il figlio legittimo.

Ed altronde non è questa una vera dichiarazione, da cui discenderebbe, fra le due classi di figliuoli, una differenza in certa guisa meramente onorifica a vantaggio dei figli legittimi.

Per contrario abbiamo già osservato che i soli eredi legittimi hanno il possesso legale; e conseguentemente dal non essere *eredi* i figli naturali conseguita non venire impossessati di pieno diritto, e dover formare una dimanda di rilascio per conseguire la loro porzione ereditaria; ciò che produce fra il loro diritto ed il diritto del legatario a titolo universale somma similitudine (art. 1011—965 *ved*. il t. 1 di questo *Trattato*, n. 155 e seg).

Essi non sono eredi *legittimi*! E ben vero ma sono *successori*: essi sono *loco hæredum*; hanno finalmente, comunque non *eredi*, un

vero diritto *ereditario*, simile, circa la sua natura, al diritto degli eredi legittimi, ed il quale debbe produrre quindi, attivamente o passivamente gli stessi effetti (confr. arresto C. cass. 20 mag. 1806, Lefèvre, Sirey, 1806, II 623; decis. C. di Amiens 26 nov. 1811, Lefèvre, Sirey, 1812, II, 404, di Parigi 22 mag. 1813, Fery, Sirey, 1813, II, 323; arresto C. cass. 25 ag. 1813, Naso, Sirey, 1816, I, 13; decis. C. di Potiers 10 apr. 1832, Vacheron, Dev, 1832, II, 379; di Tolosa 15 marzo 1834 Delabeaunelle, Dev, 1834, II, 538; arresto C. cass. 16 giugno 1847, Duval, Dev. 1847, I, 660; decis. C. di Parigi 30 giugno 1851, Boisson, Dev., 1852, II, 360; Merlin, *Rep.* v. *Bastardo*, sez. II, § 4; Delvincourt, t. II, p. 21 nota 4; Toullier, t. II, n. 248-249; Duranton, t. VI, n. 269; Chabot, art. 756, n. 10; Demante, t. III, n. 74 *bis*. II; Malpel, n. 161; Ponjol, art. 756, n. 6; Marcadè, art. 756, n. 6; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 514; Massé e Vergé, t. II; p. 435).

28. — Decisiva è cotesta dimostrazione; e sembra che la dottrina testè fermata dovesse osservarsi generalmente.

Nulladimeno non avviene così.

A dir vero la opposta dottrina, nella formola assoluta, da essa adottata dapprima, trovasi prossappoco universalmente abbandonata oggidì, comunque anche di recente, siasi accolta dal tribunal civile della Senna, il quale con sua sentenza statuì *in terminis* che « il diritto del figlio naturale nella eredità dei suoi genitori è stato dalla legge considerato come *un credito* della eredità medesima. » (Boisson, Dev., 1852, II, 360):

Nulladimeno pochissimi attualmente pretendono sostenere cotesta tesi; e generalmente si ammette essere impossibile adoperare il vocabolo *credito* per qualificare il diritto del figlio naturale.

Ma contemporaneamente, strana cosa! è avvenuto che la sconfitta della falsa dottrina non è stata, almeno in certa guisa, il trionfo della dottrina vera.

Laonde alcuni hanno surrogato al vocabolo *credito* che faceva mestieri abbandonare altri vocaboli di significazione più o meno vaga; ed hanno qualificato *peso ereditario* o *delibazione* il diritto del figlio naturale.

Loyseau, per esempio, non ha forse scritto in istile sì poco giuridico da bastare da sè solo a svelare l'assurdità del suo sistema, che « *il credito del figlio naturale* è una partecipazione alla eredità, credito della stessa sua porzione, credito misto, o personale-reale..»? (*Dei figli naturali*, p. 204).

E Chabot, il quale nulladimeno professa che *i diritti del figlio naturale non consistono in un semplice credito*, non aggiugne forse nello tempo stesso *che essi essenzialmente diversificano dai diritti dell' erede non solo circa la quantità; ma eziandio circa l' essenza e la natura...* (su l' articolo 756, numero 10)?

Altri, ravvisando nel diritto del figlio naturale il suo vero carattere di diritto ereditario disconoscono dappoi i suoi più essenziali effetti, e professano soluzioni, le quali effettivamente sono le conseguenze del sistema da essi medesimi abbandonato.

E tutto ciò ha recato, in cotesta materia già cotanto ardua, molte incoerenze o contraddizioni.

Dunque ci è forza, dopo avere annientato la falsa dottrina, annientare altresì, per così dire, tutte e singole le false conseguenze da essa prodotte, rimaste salde, ad onta dello annientamento della teorica, la quale soltanto poteva servir loro di sostegno.

Tanto praticheremo desumendo successivamente tutte le conseguenze emergenti dalla dottrina da noi stabilita per procacciarle pieno ed assoluto trionfo!

29. — Dunque la nostra regola è la seguente:

Il diritto del figlio naturale nella eredità dei suoi genitori è assolutamente, salvo la quantità, della stessa natura del diritto degli eredi legittimi; val dire che è un diritto ereditario nella massa indivisa della eredità.

Così fermata cotesta capitale premessa, divieno semplicissimo, a parer nostro, il serbare dappoi la più perfetta armonia in tutto questo subbietto: laondo trattasi in fatti mantenere logicamente tutte le conseguenze che ne emergono:

Sia pel figlio naturale;

Sia contro il figlio naturale;

Sia riguardo agli eredi legittimi;

Sia riguardo ai terzi.

Innumeri ed importanti sono tali conseguenze. Noi ci faremo a disaminarle rapidamente.

30. — 1° Il figlio naturale gode il diritto di accrescimento.

Ma l' art. 786—703 accresce la parte del rinunziante ai suoi *coeredi*: or il figlio naturale non è erede (art. 756—674): dunque la parte del rinunziante non può accrescersi a

lui, come ha insegnato Loyseau(*Trattato dei figli naturali*, p. 653-654).

Rispondo che il vocabolo *erede* ha due significazioni:

Una speciale, in cui dinota effettivamente gli eredi propriamente detti, gli eredi legittimi;

L' altra generale, ed anche molto più di frequente adoperata, sinonima di *successibile*, e la quale comprende tutti coloro che, *loco hæredum*, conseguono una porzione dell' *universum jus defuncti* (*ved.* il nostro tomo I del *Trattato delle success.*, n. 122).

Segnatamente pel luogo in cui si rinviene e pel carattere particolare della disposizione in esame, è uopo statuire in quale delle due significazioni debbasi intendere, secondo i diversi casi.

Or questi due elementi d' interpetrazione non permettono dubitare che il vocabolo *erede*, nell'art. 786, debbasi intendere nella sua generale significazione, come sinonimo di *successibile*.

Di fatti questo articolo si limita a fermare una verità ineluttabile, cioè che tutto ciò che accresca una massa indivisa, accresce altrettanto i diritti di ciascuno di coloro i quali abbiano una porzione nella massa medesima: or il figlio naturale ha diritto ad una porzione della eredità: dunque tutto ciò che aumenti la eredità, debba, per la medesima ragione, aumentare la porzione che gli spetta.

Aggiungasi che, a norma dell'art. 757+674, ha diritto, quando concorra con figli legittimi, al terzo della porzione ereditaria, che avrebbe conseguito, se fosse stato legittimo: or, se fosse stato legittimo, avrebbesi giovato del diritto di accrescimento: dunque debbe giovarsene nella stessa proporzione. E, quando trovandosi in concorso con ascendenti, fratelli o sorelle, o altri collaterali, ha diritto alla metà o ai tre quarti della eredità, è manifesto altresì essergli attribuito il diritto precisamente alla metà ed ai tre quarti della eredità totale, coi suoi accrescimenti, *cum omni causa* (conf. Favard. *Rep*,, v, *Success.*, sez. IV, § 1, n. 11; Chabot, art. 757, n. 6; Demante, t. III, n. 76.)

31. — 2° La collazione è dovuta al figlio naturale dagli eredi legittimi.

Ma, si è obbiettato, a norma degli art. 843 ed 857 + 762 e 776, la collozione è dovuta dal coerede al proprio coerede: or il figlio naturale non è erede: dunque gli eredi non gli debbono la collocazione. *Il testo della legge è positivo*, dice Toullier (t. II, n. 258; agg. Loisean, *dei figli natur.*, p. 695).

È questa la stessa obbiezione, or ora desunta dall'art. 786, per negare al figlio naturale il benefizio del diritto di accrescimento; e di fatti precisamente questa è la obbiezione fatta al figlio naturale per negargli l'applicazione dei multiplici articoli in cui rinviensi il vocabolo *erede* (art. 846, 817, 849, 826,ec. — 735, 736, 738, 745).

Noi vi abbiamo diffusamente risposto (*supra*, n. 30).

Aggiungniamo, specialmente circa l'art. 857, che il senso della prima parte, la quale dispone che *la collazione è dovuta dal coerede al suo coerede*, trovasi definito e precisato dalla seconda parte, la quale soggiugne correlativamente *che essa non è dovuta ai creditori ed ai legatarii*. Dalle quali cose conseguita che il vocabolo *erede* è unicamente contrapposto ai vocaboli *creditori e legatarii*. E poi, attenendosi strettamente al vocabolo *coeredi* adoperato nell'art. 857, potrebbesi sostenere altresì che i figli naturali non debbano gli uni agli altri reciprocamente la collazione, e che chi avesse ricevuto liberalità dal comune autore potrebbe sempre conservarle per antiparte; la qual cosa sarebbe ad evidenza inammissibile! (*infra*, n. 101).

Forse altronde, in conformità dell'art.757, il figlio naturale non ha diritto ad una frazione della porzione ereditaria che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo? or, se fosse stato legittimo, la sua porzione sarebbesi computata su la massa totale dei beni esistenti nella eredità e dei beni messi in collazione: dunque la sua frazione debbesi computare nella stessa guisa; dappoichè diversamente non rappresenterebbe una porzione di ciò che avrebbe conseguito, se fosse stato legittimo.

Da ultimo l'art. 760—676 sottoponendo lo stesso figlio naturale all' obbligo della collazione verso gli eredi, una giusta reciprocanza richiedeva che gli eredi vi andassero parimente sottoposti verso di lui.

Del resto bentosto torneremo a ragionare su questa importante tesi (*infra*, n. 99 e 100).

Ciò che vogliamo semplicemente qui dimostrare si è che il figlio naturale avendo diritto ad una frazione nella massa della eredità, come se fosse erede, debbe cavar vantaggio da tutti gli aumenti della massa medesima.

32. — 3° Di qui sembra doversi eziandio

inferire che la riduzione, onde il padre o la madre avesse diminuito la parte di uno dei suoi figli naturali, in conformità dell'art. 76, dovrà giovare agli altri figli naturali, e non semplicemente ai figli legittimi; avvegnachè, direbbesi, la massa, in cui gli altri figli naturali han diritto di prendere una frazione della porzione che avrebbero conseguito, se fossero stati legittimi, trovasene accresciuta per gli uni come per gli altri.

Nulladimeno differiamo la soluzione di tal quistione, la quale per ispeciali motivi ci pare doversi risolvere in senso opposto (*infra*, n. 118).

33. — 4° Lo stesso argomento altresì ci ha fatto già statuire che i successori irregolari, e consegnentemente i figli naturali, han diritto ai frutti dei beni ereditarii a computare dal giorno dell'apertura della successione.

Si è pure obbiettato, su questo punto, e per negargli i frutti, che il figlio naturale non è *erede* (confr. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 436).

Eh! no, indubitatamente; ma egli è *loco haeredis*! ma ha diritto ad una frazione della porzione che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo: or, se fosse stato legittimo, la sua porzione sarebbesi trovata aumentata dai frutti prodotti dopo l'apertura della successione: dunque la frazione a lui spettante in questa porzione debbe eziandio trovarsene aumentata. E ciò debbe sembrare tanto più ben fondato in quanto che i frutti maturati o percepiti *a die mortis* sono incontrastabilmente uno degli elementi dell'attivo ereditario divisibile (confr. art. 829, 830, 856 — 748, 749, 775; decis. C. di Agen 27 ago. 1856, N..., Dev..., 1856, II, 552; Delvincourt, t. II, p. 48; Pigeau, *della Proc. civ.*, t. II, p. 638; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 516; ed i giudicati riferiti nel t. I, di questo trattato, n. 160 *bis*.)

34. — 5° Come tutto ciò che aumenta la massa ereditaria divisibile aumenta la porzione indivisa del figlio naturale in questa massa, così del pari tutto ciò che diminuisce la massa debbe diminuire eziandio la porzione del figlio naturale.

Un individuo muore, lasciando 36,000 fr., un fratello ed un figlio naturale: egli ha fatto un legato particolare di 6000 fr.

Il legato particolare diminuendo di altrettanto la massa indivisa da dividersi per metà tra il fratello del defunto ed il suo figliuolo naturale (art. 757 — 674), rimarranno soli 30,000 fr., di cui ciascuna avrà una metà, cioè 15,000 fr.

Non pertanto si è insegnata una opposta soluzione: si è sostenuto che le *quantità determinate dall' art.* 757 *debbano computarsi senza aver riguardo ai legati che potessero diminuirne la cifra*; ovvero, in altri termini, che la porzione spettante al figlio naturale dovesse prelevarsi su la massa totale prima di estinguersi i legati particolari; talchè, nella nostra ipotesi, verrebbero attribuiti al figlio naturale 18,000 fr. e 12,000 al fratello; dappoichè dovrebbe solo pagare il legato di 6000 franchi.

Nessun testo di legge, si è detto, pone a carico del figlio naturale il pagamento dei legati; e non parlasi di lui in alcuno degli articoli che vi si riferiscono (art. 724, 871, 873, 1011, 1814 — 645, 792, 794, 965, 968). Sonosi pure invocati, in tal senso, due arresti della Corte di Cassazione (confr. arresti 29 novembre 1825, Patureau, D., 1826, I, 19; 14 marzo 1837, T.., Dev., 1837, I, 314; Belost-Jolimont sopra Chabot, tom. I, p. 494-495).

Ma cotesta dottrina è ad evidenza inammissibile.

Basta leggere i giudicati onde si è impreso a sorreggerla, per ravvisare essersi la Corte di cassazione limitata a rigettare il ricorso avverso decisioni che avevano giudicato in fatto una quistione di volontà, statuendo essere stato intendimento del padre o della madre del figlio naturale esimerlo da ogni contribuzione ai legati particolari (confr. decis. C. di Parigi 11 feb. 1836, T., Dev. 1836, II, 406; Massé e Vergé sopra Zachariae, tom. II, p. 277).

Circa l'argomento desunto dalla circostanza nessuno articolo del Codice porre a carico del figlio naturale il pagamento de'legati particolari, non è effettivamente grave; dappoichè neppure alcuno articolo pone a suo carico il pagamento dei debiti; e converrebbe conseguentemente, in questo sistema, esimernelo del pari!

Ma è manifesto che la legge non abbisognava di statuire, in modo speciale, che i debiti ed i legati dovessero andare proporzionatamente a carico del figlio naturale; dappoichè gli concedeva, in tal massa, una porzione indivisa assolutamente della stessa natura della porzione competente agli eredi, e conseguentemente annunziava abbastanza che tutto ciò che diminuirebbe la porzione degli eredi di-

minuirebbe di necessità eziandio la porzione dei figli naturali.

La soluzione da noi qui fermata è dunque mera conseguenza di cotesta falsa e pertinace dottrina, la quale intende scorgere nel dritto del figlio naturale un *peso ereditario*, una *delibazione*, e la quale trovasi così indotta a pretendere che la *delibazione* medesima si esercita, mercè prelevamento e prima di ogni altra operazione, su la massa ereditaria!

35. — 6° Ed ecco in che modo si è giunto ad altro risultamento, indubitatamente logico oltremodo in questo sistema, ma sempre più manifestamente falso ed impossibile!

Si è insegnato che la riserva del figlio naturale dovesse, in tutti i casi ed indistintamente, prelevarsi primamente su la massa totale della eredità, in guisa da computare poscia frai donatarii o legatarii ed i figli legittimi la riserva e la quota disponibile su la massa diminuita da questo prelevamento (confr. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 756, *Osser.* 7, t. I, p. 501.)

La qual cosa condurrebbe al risultamento che la quota disponibile, la quale non può mai essere minore del quarto dei beni, anche quando il *de cujus* avesse lasciato quattro figli legittimi ovvero un maggior numero (articolo 913—829), sarebbe per contrario inferiore al quarto se il *de cujus* avesse lasciato soltanto due figli legittimi ed un figlio naturale!

Torneremo di poi su di questo subbietto; ma ciò che torna sin da ora indubitato si è che queste soluzioni sono impossibili; e se qui le additiamo si è per dimostrare l'assurdità della teorica, a norma di cui il dritto del figlio naturale constituirebbe un *peso ereditario, una delibazione della eredità*; dappoichè queste soluzioni ne formerebbero le necessarie conseguenze! (Confr. Gros, *De' Diritti success. dei figli natur.*, n. 4-5; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 187-188.)

36. — 7° Il figlio naturale ha dritto d'invocare l'applicazione dell'art. 826—745, a norma di cui *ciascuno dei coeredi può chiedere in natura la sua parte dei mobili ed immobili della eredità...*

Egli non è coerede!

Sia pure! ma sta *loco haeredis*; ha una porzione nella massa indivisa della eredità, e conseguentemente in ciascuno dei corpi ereditarii; e conseguentemente altresì *debbe essergli rilasciata*, come ha benissimo statuito la Corte di Parigi, *nella stessa natura di beni che il sarebbe stata* la sua porzione ereditaria, *se fosse stato legittimo* (articolo 757— 674.)

Gli eredi non potrebbero offrirgli la sua porzione in contante o in valori estimativi: abbiamo osservato (*supra*, n. 25) che la disposizione del progetto dell'anno VIII, il quale conferiva loro il dritto medesimo, venne abbandonata (confr. decis. C. di Parigi 22 maggio 1843, Fory, Sirey, 1843, II, 323; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, pag. 514; Massé e Vergé, t. II, p. 435; Fouët de Conflans, su l'art. 757, n. 8; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 757, *Osserv.* 4; Demante, tom. III, n. 74 *bis*, II).

È questo il principio. Nulladimeno è uopo convenire che l'applicazione potrà tornarne talvolta, se gl'interessati non si pongono di accordo, malagevole ed intrigata: di fatti il figlio naturale, quando concorra con figli legittimi, può chiedere una picciola frazione della eredità, 1/6, 1/9, 1/12, 1/15, ed anche meno se vi sia un maggior numero di figli; or la necessità di una divisione in natura, in tali circostanze, darà luogo quasi sempre a vendite allo incanto assai spiacevoli e potrà generare altro difficoltà intorno a cui in prosieguo torneremo a ragionare. La tesi onde si sostiene potersi, mercè pagamento in valori estimativi, soddisfare il figlio naturale, troverebbesi allora indubitatamente sorretta da abbastanza gravi considerazioni; ma è sempre impossibile sostenere cotesta tesi col carattere del diritto del figlio naturale come rinviensi fermato dal Codice.

37. — 8° Neppur potrebbesi negare al figlio naturale il dritto di dimandare adoperarsi tutti i provvedimenti, il cui scopo sia il conservare e comprovare gli oggetti ereditarii e tutti i valori onde si compone la eredità.

Dunque torna indubitato poter egli richiedere l'apposizione dei suggelli, o la formazione dell'inventario (confr. art. 909, 930 e 941 C. pr.—986, 1007 e 1017).

È ben vero regolarmente, quando concorra con eredi, esser tenuto, innanzi tutto, dirigersi ad essi per dimandar loro il rilascio.

Ma siccome trattasi qui di provvedimenti conservativi, così il figlio naturale potrebbe dimandarli prima di ogni dimanda di rilascio; e tal proposizione è segnatamente incontrastabile, circa l'apposizione dei suggelli, la quale, a norma dell'art. 909, 1. comma C. pr., può dimandarsi *da tutti coloro i quali pretenderanno aver dritto alla eredità*, senza richiedersi dall'articolo medesimo che il preteso diritto venga ancor dimostrato. E di fatti, co-

me insegna Chabot, può esservi, in simil caso, *periculum in mora* (su l' art. 756, n. 12; agg. Loiseau, *de' figli natur.*, p. 646 e seg.; Vazeille, art. 757, n. 40; Favard, v. *Succes.* sez. IV, § 1, n. 14; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 547.)

38. — 9° Conseguentemente nè la divisione della eredità, nè alcuna delle operazioni preliminari o altre, le quali la precedono o la costituiscono, possono aver luogo senza concorrervi il figlio naturale.

Anzi egli ha dritto di dimandarla.

E la divisione debbe farsi fra gli eredi ed il figlio naturale, secondo le forme ordinarie delle divisioni di eredità; del pari che produce, appena seguita, tutti gli effetti dalla legge attribuitile, a norma del dritto comune.

Tali varie illazioni discendono dal principio da noi testè fermato: ammesso cotesto principio, tornano esse effettivamente incontrastabili.

E nulladimeno sonosi oppugnate con somma pertinacia.

Segnatamente Toullier non ha cessato d'insegnare che ai figli naturali non compete azion di divisione propriamente detta, ma *semplicemente una domanda di rilascio della porzione che la legge attribuisce loro e che debbesi rilasciar loro dall' erede*. Il dotto autore scorge in essi il diritto di assistere a *proprie spese*, come si esprime, alle operazioni preliminari della divisione, alla disuggellazione, allo inventario dei beni, *ed eziandio alla formazione delle quote*, per vigilare affinchè nulla si faccia in loro detrimento nè in frode dei loro diritti.

Ma soggiugne che:

Dopo la formazione delle quote fatta dai periti, non debbono sorteggiarsi, e che l' erede ha diritto d' indicare quelle che voglia dare ai figli naturali, secondo la massima: electio debitoris est. (t. II, n. 281 282).

Cotesta soluzione è, a parer nostro, affatto inatendibile.

Chabot, il quale non l' ammette; concedo nulladimeno che *i figli naturali non hanno azion di divisione propriamente detta*, actio familiae erciscundae, *dappoichè non sono*, egli dice *eredi*; ma soggiugne *che hanno l' azion* communi dividundo, *dappoichè sono condomini dei beni ereditarii* (su l' art. 757, n. 14).

Tal concessione è di per sè una gravissima aberrazione dal vero principio.

E per contrario è mestieri rispondere semplicemente che il figlio naturale ha, per far cessare la indivisione, una vera azione di divisione di eredità, *actio familiae erciscundae;* che in somma ha, a tale obbietto, gli stessi diritti, nè più nè meno, che se fosse erede:

1° L' azion di divisione, denominata *familiae erciscundae*, competo a chiunque raccolga, a titolo successorio, una porzione indivisa della eredità (art. 845—734): essa gli compete per altro con tutti i suoi effetti, e conseguentemente col diritto di dimandare che vengano sorteggiate le quote (articolo 835 C. Napoleone. — 754; 978 e 982—1054 e 1058).

Or il figlio naturale, in concorso con eredi, raccoglie a titolo successorio una porzione indivisa della eredità;

Dunque gli competo l' azion di divisione; dunque può dimandare il sorteggio delle *quote*.

Ed egli non solo ha, per valerci delle antiche denominazioni, l'azion *communi dividundo*, ma eziandio, e debitamente, l' azione *familiae erciscundae*; dappoichè trattasi dividere non un oggetto individualmente determinato, ma una universalità giuridica.

2° Obbiettasi che il figlio naturale non è erede, che non viene impossessato, e che ha una semplice *azione di rilascio*.

Pongasi mente dapprima che gli art. 769 e seg.—685, dai quali emerge essere i figli naturali tenuti di dimandare la immissione in possesso, applicansi alla sola ipotesi in cui i *figli naturali sono chiamati in mancanza di parenti*; la qual cosa vien dichiarata dall' articolo 773 (*ved.* pure art. 723, 724—644, 645, ed il t. I di questo trattato, n. 121).

E ben vero che i figli naturali non vengono mai impossessati di pieno diritto (art. 724); che conseguentemente non possono mai immettersi, di propria autorità, in possesso di alcuna parte dei beni ereditarii, e che debbono dirigersi primamente agli eredi con cui vengono chiamati a concorrere. Dunque può sostenersi, sotto questi rapporti, esser tenuti di fatti ad instituire *un' azione di rilascio*; ma sarebbe abusare di cotesta qualificazione, altrondo non mai adoperata dalla legge, lo inferirne non competere ad essi l' azion di divisione con tutti i suoi effetti; dappoichè l'argomento da noi addotto è all' obbietto decisivo; e se è ben fondato dover essi dimandare il rilascio della loro porzione, non è meno ben fondato dover questa porzione determi-

narsi tra loro e gli eredi mercè divisione ed estrazione a sorte.

3° Come ! si ammette nel figlio naturale il diritto di dimandare la divisione, di assistere a tutte le operazioni, alla disuggellazione, allo inventario, alla stima dei beni alla formazione delle quote, di assistervi per altro con diritto di esame e squittinio. E poi, nel momento supremo, e quando trattasi di conseguire il vantaggio emergente da queste operazioni meramente preliminari e conservatorie, non vuolsi riconoscerlo condividente ! e vuolsi che l' erede gli rilasci la parte che gli piacerà attribuirgli!

Ma dunque per qual motivo?

Ah ! per la massima: *Electio debitoris est*; cioè perchè l' erede viene *incaricato dalla legge di soddisfare al figlio naturale il debito del padre!* (Toullier, t. II, n. 282).

Da ciò si scorge se avevano ragion di dire (*supra*, n. 28) che la falsa dottrina del diritto del figlio naturale, considerato come *credito*, non era stata compiutamente rimossa su tutti i parenti. Ecco un giureconsulto, ed uno dei migliori indubitatamente, il quale, dopo averla egli stesso dapprima confutata, si fa di poi ad inferirne che convenga lasciare la scelta delle parti all' erede, perchè è *debitore* !

No ! qui non evvi debitore; dappoichè non evvi creditore ! vi sono semplici condomini il cui diritto indiviso nella massa indivisibile è, sotto ogni rapporto, della stessa natura; e ciascun di essi, per far cessare tale indivisione, ha conseguentemente altresì, sotto ogni rapporto, gli stessi diritti (confr. decis. C. di Nancì 22 genn. 1838, André, *G. del Foro*, t. II, 1843, p. 326 ; di Grenoble 18 giugno 1839, ed arresto C. cass. 22 apr. 1840, *G. del Foro*, t. II, 1840 p. 461; decis. C. di Parigi 30 giugno 1851, Boisson, Dev. 1852, II, 360; Delvincourt, t. II, p, 62-63; Loiseau p. 708 e seg. ; Malpel, n. 161: Poujol, articolo 756, n. 6; Demante, t. III, n. 74 *bis*,II; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 282, nota *a*; Taulier, t. III, p. 171-172; Zachariæ, Aubry e Rau,t.IV, p.517; Dutruc, *Trattato della divisione di eredità*, n. 251; Massé e Vergé, t. II, p. 437).

39. — 10° La conseguenza della soluzione precedente è pure di necessità che l' azione di rilascio o di divisione (come si vorrà denominare), competente al figlio naturale, debbasi sommettere al tribunale del luogo dell' apertura della successione (confr. articolo 110 C. Nap. — 115; 59 C. pr. — 451; arresto C. cass. 25 ag. 1843, Destaing, Sirey 1846, I, 93; decis. C. di Parigi 30 giugno 1851: Boisson, Dev., 1852, II, 360).

40. — 11° Che i figli naturali abbiano gli stessi diritti che avrebbe un erede, verso i terzi compratori, cui gl' immobili ereditarii fossero stati trasmessi da un erede legittimo o da ogni altra persona, è questa una proposizione da noi già fermata per tutti i successori irregolari (*ved.* il t. I di questo trattato, n. 163).

E tal proposizione emerge qui particolarmente, relativamente ai figli naturali, dalla stessa natura del loro diritto, come l' abbiamo fermata; diritto reale, sotto ogni rapporto simile a quello dello stesso erede.

Non pertanto si è sostenuta la opposta tesi; e segnatamente Toullier ha insegnato:

1° Che l' erede legittimo poteva, eziandio dopo la dimanda di rilascio, vendere validamente sino alla concorrenza del suo diritto ereditario, senza potersene dolere i figli naturali, purchè rimanessero beni sufficienti per la porzione dalla legge loro attribuita;

2° Che, anche quando *l' erede avesse venduto tutti i beni ereditarii*, il figlio naturale potrebbe rivendicarli avverso i compratori sol dietro preventiva escussione dei beni dell' erede venditore ed in caso d' insolvibilità di costui (t. II, n. 283-289; agg. decis. C. di Poitiers 10 apr. 1832, Vacheren, Dev. 1832; II, 379).

La prima di coteste soluzioni è una conseguenza della dottrina di Toullier, la quale permette allo stesso erede di rilasciare al figlio naturale la porzione che gli conviene attribuire ; della qual dottrina abbiamo ravvisato la inesattezza(*supra*, n. 39). Aggiugniamo che eziandio in conformità di questa dottrina, se il figlio naturale non ha diritto di dimandare il sorteggio delle quote, almeno ha diritto di pretendere che si proceda alla formazione delle quote e vigilare alla equità di questa: or tale novella soluzione, la quale permette all' erede alienare irrevocabilmente i beni ereditarii, fino a che ne rimanga una porzione sufficiente per soddisfare il figlio naturale dei proprii diritti, ne constituirebbe pure un notevole aggravamento.

E, circa i temperamenti, onde l' autore concederebbe soltanto la rivendicazione al figlio naturale contro i terzi, val dire dietro escussione dei beni dell'erede ed in caso d'insolvibilità di costui, a prescindere dal non

poggiare in diritto sopra alcun testo di legge nè sopra alcun principio, Aubry e Rau ragionevolmente osservano che sono in fatti compiutamente illusorii; dappoichè precisamente quando l'erede sia insolvibile, il terzo, privo allora di ogni regresso avverso di lui, avrebbe interesse a far dichiarare valido il suo acquisto (sopra Zachariae, t. IV, p.545; conf. decis. C. di Parigi 12 apr. 1823, Ducasse, Sirey, 1824, II, 49; Merlin, *Rep.*, v; *Bastardo*, sezione II, § 4; Delvincourt, titolo II, psg. 21, nota 4; Ponjol, articolo 756, 757, numero 10; Chabot, articolo 756, n.13-14, e Belost-Jolimont, *Osserv.* 4; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 283, nota *a*; Tsulier, t. III, p. 172; Demante, t, III, n. 74 *bis*, II).

41. — 12° Il figlio naturale può esercitare il retratto successorio stabilito con l'art. 841 — 760 contro il cessionario dei diritti successorii di nno degli eredi; del pari che gli eredi possono esercitare il retratto avverso il cessionario dei diritti successorii del figlio naturale.

Ma il figlio natnrale non è *erede* ! e conseguentemente, si è detto, non debbe potere esercitare il retratto che l'art. 841 stabilisce fra coeredi (confr. Loisean, *dei figli nat.*, p. 713; Richefort, *dello stato delle famiglie*, t. III, n. 425 e seg.)

Egli non è *coerede*; sia pure, ma è *consucessibile*; e ciò basta perfettamente per l'applicazione dell'art. 841 (confr. arresto C. cas. 15 mar. 1831, Verneau, Dev., 1831, I, 183; Merlin, *Rep.*, v. *Diritti success.*, n. 9; Toullier, t. II, n. 441; Malpel, n. 227; Duranton, , VI, n. 190.)

42. — 13° Abbiamo già osservato che l'erede, il quale abbia rinunziato, non può più accettare di poi la eredità, quando il figlio naturale abbia ottenuto ovvero semplicemente dimandato la immissione in possesso o il rilascio (art. 790 — 707, *ved.* il t. I di questo trattato, n. 162); dappoichè il suo diritto, essendo della stessa natura di quello dell'erede, debbe produrre altresì gli stessi effetti in questa circostanza como in tutte le altre. Ed è questa parimente la ragione per cui abbiamo ravvisato che il figlio naturale trae vantaggio dal diritto di accrescimento : è sempre la conseguenza dello stesso principio (*supra*, n. 30, 1°)

43. — 14° Chi mai potrebbe credere essersi qnistionato se il figlio naturale possa rinunziare, durante la vita del suo autore, al diritto dalla legge concednotogli sui beni di costui, quando trovisi trapassato ? ·

Nulladimeno ginnse a tal punto la dottrina di voler ravvisare nn credito in cotesto diritto !

Ma è manifesto che nessuna rinunzia di qnesto genere è possibile, salvo semplicemente la eccezione introdotta dall' art. 761 (confr. *infra*, n. 104; decis. C. di Brusselles 18 feb. 1813, Panwels, Sirey, 1813, II, p. 225.)

43 *bis*. — Anzi la Corte di Parigi ha statuito che il figlio naturale minore non può invocare l'art. 1043 C. pr. — 1089, il quale dichiara che.

« La morte, quando tntti gli *eredi* sieno di « maggiore età, non porrà termine al com« promesso. » (Decis. 10 nov. 1835, Dagron, Dev., 1836, II, 169; agg. ancora sentenza del trib. civ. della Senna, 1ª cam. 5 feb. 1857, Augusto L. *Gazzetta de'Trib.* del di 11 feb. 1857.)

Come se tal disposizione, la quale ha per iscopo di garentire la incapacità dell'erede, non dovesse essere applicabile ad ogni successore, il quale atteso la sua minore età può, in conformità dei principii generali del diritto, invocare la stessa protezione !

44. — 15° Toullier non ha forse ancora insegnato che il figlio naturale, in caso di assenza del padre o della madre, non potrebbe agire per far dichiarare la loro assenza, per ottener poscia la immissione in possesso della porzione dalla legge attribuitagli nei loro beni (t. I, n. 379, e t. II, n. 270.)

Come se non risultasse eziandio dagli art. 115 e 123 — 121 e 129, e dalla intera teorica del nostro Codice, in materia di assenza, che il diritto, di dimandare la dichiarazione di assenza ed eziandio ottenere la immissione in possesso, compete a tutti coloro i quali hanno sui beni dell'assente diritti subordinati alla condizione della sua morte (*ved.* il nostro t. II, *Trattato dell'assenza*, n. 59 e 71; e D., v. *Successione* (nuova ediz.) t.XLI, n. 299.)

45. — Eziandio sul motivo i figli naturali non essere *eredi* poggia la dottrina unanime, a norma di cui non sono tenuti dei debiti e pesi ereditarii *ultra vires*, ma semplicemente sino alla concorrenza del loro emolumento.

Per contrario abbiamo impreso a sostenere che i successori irregolari, e conseguentemente eziandio i figli naturali, sono tenuti verso i creditori anche *ultra vires*, se non abbiano

accettato col benefizio dell' inventario (*ved.* il tomo I di questo trattato, n. 460, ed *infr.*, n. 258).

E noi dobbiamo perseverare nella nostra dottrina; avvegnachè, se il figlio naturale non è *erede*, ha nella eredità nn dritto della stessa natura del dritto dell' erede ; ed è in sostanza *loco haeredis* ; e diviene , dopo la immissione in possesso ordinata a suo pro , il rappresentante del defunto in proporzione della sua chiamata *in universum jus defuncti* (confr. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 773, *Osserv.* 5.)

46. — 17° La stessa legge fiscale sembra aver disconosciuto la vera natura del dritto del figlio naturale nella eredità dei suoi genitori.

L' art. 33 della legge del 28 aprile 1816 di fatti dichiara che « quando i figli naturali vengano chiamati alla successione, *in mancanza di parenti in grado di succedere* , dovranno considerarsi, circa la quantità dei dritti, come persone non parenti. «

Singolare disposizione; avvegnachè il dritto dei figli naturali ha sempre lo stesso carattere, sia che concorrano con eredi , sia che , in mancanza di parenti in grado di succedere conseguano la totalità dei beni : il dritto varia nella sua ampiezza , ma non già nella sua natura.

Quindi è ben vero che quella legge poco logica ha dato luogo a soluzioni unisone al suo testo, ma per la stessa circostanza oltremodo singolari (confr. Championnière *Trattato dei dritti di registr.*, t. IV , n. 3317; Decisione del ministro delle finanze ed instruzione dell' amministraz. dei demanii dei 7 e 19 messidoro anno XIII, Sirey, 1804, II, 619.)

47. — 18° In prosieguo ravviseremo che il dritto del figlio naturale ad una riserva, oggidì quasi universalmente concedutogli , ha ancora per base la stessa natura del suo dritto nella eredità del suo autore : dall' essere chiamato effettivamente, come figlio naturale , ad nna frazione della porzione ereditaria che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo, si è con fondamento inferito che il legislatore , assumendo per tipo del suo dritto quello del figlio legittimo, avea intoso, salvo sempre la quantità, attribuirgli la stessa energia e la stessa sanzione (*ved. infra* , numero 121.)

47 *bis.* — 19° Finalmente qual è mai il motivo precipuo invocato per sostenere che la omissione del figlio naturale, nella divisione fatta da nn ascendente trai suoi figli , non constituisce causa di nullità , a norma dello art. 1078 — 1034 ? Il motivo si è i figli naturali, si è affermato, non essere credi (Confr. Troplong , *Delle Donaz. e de' testam.* , t. IV, n. 2324 ; Duranton , t. IX, n. 635; D. *Rac. alfab.* , v. *Disp. tra vivi e testamento* , n. 1460).

Tal quistione è indubitamente delicata ; e noi ci riserbiamo disaminarla con lo interesse che merita , quando esporremo il carattere delle divisioni di ascendenti. Ma, ammettendo pure che debbasi applicare la precedente soluzione, non potrebbe mai esser sufficiente a giustificarla il motivo non essere eredi i figli naturali. (Confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 179; Genty, *delle Divisioni di ascendenti* , n. 13, p. 127 e seg.)

48. — Abbiamo percorso la lunga nomenclatura di tutte le varie quistioni, che possono discendere dalla valutazione della natura del dritto del figlio naturalo nei beni de' suoi genitori trapassati.

E, mentre si è potuto ravvisare il falso sistema, il quale vuole formarne ora *un credito*, ora *un peso ereditario*, o *una delibazione*, quante contraddizioni ed incoerenze abbia prodotto e costantemente alimenti , crediamo essersi potnto contemporaneamente scorgere che tutte le soluzioni , per contrario , diventano , assai ben coordinate e logiche, quando fermamente vengono rette e predominate dalla vera dottrina , a norma di cui il *dritto* dei figli naturali, è, salvo la *quantità*, della stessa natura assolutamente del diritto degli eredi.

§ IV.

Qual è mai la quantità del diritto de' figli naturali nella eredità de' lor genitori?

SOMMARIO.

49.—Esposizione.—Considerazioni a normà di cui il legislatore ha determinato i diritti del figlio naturale.

50.—Tre osservazioni generali debbono farsi su tutta la subbietta materia: A. L'idea fondamentale, a norma di cui il Codice ha determinato i diritti del figlio naturale, consiste nel doversi supporre primamente esser costui legittimo ed attribuirgli una frazione della parte che avrebbe conseguita secondo tal supposizione.

51.—B. Precisamente su la totalità della eredità debbesi computare la parte del figlio naturale.

52.— C. Per determinare la parte del figlio naturale è uopo forse attenersi semplicemente al fatto medesimo della esistenza de' parenti più prossimi, capaci di succedere, la-

sciati dal suo autore, ovvero, per contrario, debbesi considerare la sola qualità di quei parenti che sono o rimangono eredi?

53.—Continuazione.

54.—Continuazione. Del caso in cui, in mancanza di ogni disposizione a titolo gratuito, il parente in grado di succedere lasciato dal padre o dalla madre del figlio naturale, essendo indegno o avendo rinunziato, trovisi surrogato da altro parente in grado di succedere appartenente ad una classe inferiore.

55.—Continuazione.—Del caso in cui il parente in grado di succedere, lasciato dal padre o dalla madre del figlio naturale, trovisi spogliato della eredità con disposizioni a titolo gratuito.

56.—Divisione.

49. — La quantità o la estensione dei diritti del figlio naturale trovasi determinata dal Codice nella seguente guisa.

Articolo 757 — 674: « Il diritto del figlio « naturale su' beni del padre o della madre « defunti è regolato nel seguente modo:

» Se il padro o la madre ha lasciato dei di« scendenti legittimi, il suo diritto è di un « terzo della porzione ereditaria che egli a« vrebbe conseguito se fosse stato legittimo: è « della metà quando il padre o la madre non « avessero lasciato discendenti, ma bensì a« scendenti, o fratelli o sorelle; è di tre quar« ti quando il padro o la madre non avessero « lasciato nè discendenti, nè fratelli, nè so« relle. »

Articolo 758 — 674: « Il figlio naturale « ha diritto sulla totalità dei beni, quando il « padre o la madre non lasciano parenti in « grado successibile. »

Quindi il figlio naturale è sempre chiamato a conseguire una porzione della eredità in concorso coi parenti, chiunque sieno, dei suoi genitori.

Egli non viene mai escluso da alcuno di essi, eziandio da quelli della prima classe.

Come egli non esclude giammai alcuno di essi, neppure i parenti più rimoti dell' ultima classe.

Se non che la importanza dei suoi diritti varia in ragione della qualità dei parenti lasciati dal suo autore: la legge ne accresce o diminuisce la proporzione avuto riguardo all'ordine di parentela, cui costoro appartengono.

Questo determinamento è poggiato su duplice motivo:

Puossi primieramente affermare essere unisono alle affezioni e conseguentemente alla probabile volontà del defunto, il quale debbesi presumere aver voluto lasciare una parte più o meno ampia al figlio naturale, secondo la qualità ed il grado di prossimità dei suoi parenti legittimi.

Nulladimeno questa prima ragione è qui assai secondaria.

La capitale ragione si è che il legislatore, nello interesse del matrimonio, cioè in un interesse di ordine pubblico, ha voluto esso medesimo garentire supremamente i diritti della famiglia legittima, rispetto al figlio naturale, e di fatti precisamente nello interesse dei parenti legittimi, il quale è contemporaneamente lo interesse delle sociali convenienze, il legislatore ha determinato la parte del figlio naturale.

Quindi ben si comprende che, prendendo per base del suo determinamento cotesto interesse dei parenti legittimi, rimpetto, se lice così esprimersi, allo interesse della società, abbia dovuto accrescere o diminuire proporzionatamente i diritti del figlio naturale, secondo la qualità dei parenti e la prossimità del loro grado; avvegnachè da un lato lo interesse dei parenti è più o meno legittimo e rispettabile, secondo la qualità loro ed il loro grado; e d'altro lato altresì le stesse sociali convenienze permettono attribuire al figlio naturale una parte maggiore o minore, in ragione della qualità e della prossimità dei parenti con cui concorre.

Tal è la vera causa delle restrizioni più o men gravi, secondo i casi, mercè di cui il legislatore ha determinato i diritti del figlio naturale; ed è importante ben precisarla sin dalle belle prime.

Queste restrizioni non mossero da intendimento di assoluto disfavore avverso il figliuolo naturale.

Tutto l'opposto! esse sono essenzialmente relative allo interesse dei parenti legittimi; e la pruova si è che in mancanza di parenti, lo stesso figlio naturale può conseguire la totalità dei beni (*infra*, n. 80 e seg.)

50. — Dovremo successivamente disaminare diversi divisamenti escogitati dal legislatore pel determinamento dei diritti del figlio naturale.

Ma conviene, innanzi tutto, fare tre osservazioni generali, applicabili del pari a ciascun di essi:

A. — La idea fondamentale, a norma di cui il legislatore ha determinato i diritti del figlio naturale, consiste:

Nel doversi ipoteticamente supporre dap-

prima che cotesto figlio è legittimo, ed attribuirgli poscia una frazione della parte che avrebbe conseguita in questa supposizione.

Tal frazione è, secondo i casi, del terzo, della metà o dei tre quarti.

Ma qualunque sia la sua quantità, è sempre il risultamento del metodo da noi testè additato, ed a norma di cui il figlio naturale debbe conseguire il terzo, la metà o i tre quarti della porzione che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo (*infra*, n. 72 e seg.)

51. B. — Conseguentemente ad evidenza su la totalità dei beni ereditarii, su la universalità dei beni debbesi computare la parte del figlio naturale, giusta il metodo da noi testè additato.

Nulladimeno erasi impreso a sostenere che questa parte del figlio naturale dovesse prelevarsi soltanto su la quantità che gli sarebbe spettata a titolo di riserva!

Ma tal pretensione non è perdurata; ed era effettivamente troppo manifestamente contraria al testo medesimo degli art. 757 e 758 (Confr. decis. C. di Mompellieri 15 termidoro anno II, de Fulerand; arresto C. cass. 28 gen. 1808, Montlaur, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 287; Merlin, *Rep.*, v. *Success.* sez. II, § 2, art. 1, n. 4; Favard, *Rep.*, v. *Success.*, sez. IV, § 1, n. 9; Zachariae, Aubry e Rau. t. IV, p. 266; Massé e Vergé, t. II, p. 272.)

52. C. — Per determinare i diritti del figlio naturale, è uopo forse attenersi soltanto al fatto stesso della esistenza dei parenti più prossimi, capaci di succedere lasciati dal suo autore?

Ovvero, per contrario, debbesi considerare la qualità di quei parenti, i quali sono e restano eredi?

E questa la terza proposizione generale da noi annunziata (*supra*, n. 50); ma la presentiamo sotto la forma di una quistione; dappoichè di fatti è sommamente delicata, e constituisce anche una delle più controvertite difficoltà della subbietta materia.

Secondo una tesi di moltissimo credito in dottrina e soprattutto in giurisprudenza, converrebbe aver riguardo al solo fatto della esistenza dei parenti lasciati dal padre o dalla madre; e conseguentemente i diritti del figlio naturale dovrebbero invariabilmente determinarsi, avuto riguardo allo stato della famiglia del defunto in tempo di sua morte, anche quando i parenti esistenti in quella epoca non succedessero:

1° A norma dell'art. 757, dicesi, il diritto del figlio naturale trovasi determinato in ragione del numero e della qualità dei parenti *lasciati* dai genitori: l'articolo non distingue se tali parenti succedano o pur no; se accettino o rinunziino o vengano esclusi come indegni; esso si attiene al solo fatto della loro esistenza, come capaci di succedere, in tempo della morte; considera in sommo (il testo è positivo!) la qualità dei parenti *lasciati* dai genitori; e, secondo lo stato della famiglia, nel momento stesso dell'apertura della successione, determina invariabilmente eziandio in questo momento i diritti del figlio naturale.

2° Da ciò risulta che l'art. 757 stabilisce, sin dal momento della morte, una specie *di divisione* fra la successione regolare e la successione irregolare.

Di fatti determina, avuto riguardo alla qualità dei parenti esistenti in tale istante, la porzione devoluta alla successione regolare, alla famiglia, e la porzione devoluta alla successione irregolare, al figlio naturale.

Dalle quali cose discende la conseguenza che anche quando i parenti legittimi *lasciati* dal defunto come successibili non succedano, tal parte, una volta attribuita alla famiglia, rimane sempre la stessa e trovasi devoluta, in conformità dell'art. 786, a quei parenti, chiunque sieno, i quali succedano.

3° Si aggiugne che « se il legislatore avesse voluto il concorso della qualità *di* erede con la qualità di parente in determinato grado, avrebbe ammesso il principio della rappresentazione a pro dei nipoti; che nulladimeno il diritto del figlio naturale, il quale è della metà, quando i genitori lascino fratelli o sorelle, è dei tre quarti, quando lascino nipoti...; che ad evidenza ne conseguita che non avuto riguardo ai diritti successorii degli eredi legittimi, ma alla loro qualità di parenti in determinato grado sonosi determinati i diritti del figlio naturale; che il legislatore, in un interesse di ordine pubblico, ha mirato semplicemente allo stato della famiglia dei genitori, nel momento dell' apertura della successione... » (Arresto C. cass. 31 ago. 1847, Rollindes, Dev. 1847, I, 785; agg. decis. C. di Nanci 25 ago. 1831, Cellier, Dev. 1831, II, 343; arresto C. cass. 15 marzo 1847, Vergnes, Dev., 1847, I, 478; Malpel, n. 161; Belost-Jolimont sopra Chabot, t. I, p. 554.)

53. — Noi avvisiamo non esser ben fondata cotesta dottrina.

Ma, per viemeglio confutarla, è importante, a parer nostro, distinguere due ipotesi spesso confuse, ed in ciascuna delle quali la tesi, che qui ci facciamo a discutere, non offre nulladimeno lo stesso genere di difficoltà.

Laonde distingueremo:

1° A. Il caso in cui, in mancanza di ogni disposizione a titolo gratuito, il parente successibile lasciato dai genitori del figlio naturale, avendo rinunziato o essendo indegno, trovisi surrogato da altro parente appartenente ad una classe inferiore.

B. Il caso in cui il parente successibile, lasciato dai genitori, trovisi privo della eredità mercè disposizioni a titolo gratuito.

54. A. — Suppongasi primamente che, in mancanza di ogni disposizione a titolo gratuito, il parente successibile lasciato dal padre o dalla madre del figlio naturale, sia rinunziante o indegno, e si trovi surrogato, nella successione intestata, da un parente di classe inferiore.

Il padre del figlio naturale, per esempio, ha lasciato un figlio legittimo rinunziante; e costui è un fratello che succede.

Ovvero ha lasciato un fratello; e, per la rinunzia o la indegnità di costui, trovasi chiamato un cugino.

Ebbene! crediamo doversi allora statuire:

Nel primo caso, che il figlio naturale, concorrendo con un fratello, avrà diritto alla metà, comunque il suo autore abbia lasciato un figlio legittimo.

E che, nel secondo caso, in cui trovasi in concorso con un cugino, avrà diritto ai tre quarti, comunque il suo autore abbia lasciato un fratello:

1° La dottrina opposta poggiasi principalmente sul vocabolo *lasciato* adoperato nell'art. 757; ma ci pare indubitato che questo argomento, desunto dallo stesso senso letterale della legge, ne disconosce profondamente lo essenziale pensiero.

Per qual motivo il legislatore ha aumentato o diminuito proporzionatamente i diritti del figlio naturale, in ragione della qualità dei parenti lasciati dal defunto? perchè ha voluto riservare ai parenti legittimi in concorso con un figlio naturale una parte più o meno importante, avuto riguardo al favore più o meno notevolo meritato dalla loro qualità; ha voluto in somma che la divisione della eredità tra il figlio naturale ed i parenti legittimi avesse luogo in proporzioni diverse, secondo la qualità dei parenti in concorso col figlio naturale.

Or i parenti, i quali rinunziino o sieno esclusi come indegni, non trovansi più in concorso col figlio naturale; non sono menomamente in relazione con lui, circa la eredità; e la parte maggiore o minore che il figlio naturale potrà conseguire, non la conseguirà in loro detrimento; dappoichè sono estranei alla eredità (art. 785 — 702).

Dunque lo essenziale motivo del legislatore spiega il vero senso del vocabolo *lasciato* da lui adoperato nell'art. 757; dunque il vocabolo medesimo dinota *lasciato come eredi*.

2° E mestieri tanto più statuire così in quanto che tale significazione è unisona, sia alla terminologia stabilita dal Codice, sia ai principii particolari di questo subbietto.

Si percorrano i multiplici articoli del titolo *delle Successioni*, dove il vocabolo *lasciato* trovasi parimente adoperato; e si ravviserà rinvenirsi adoperato in senso essenzialmente relativo alla successione. Quando, per esempio, l'art. 746 — 668 e 669 dispone che se il defunto non abbia *lasciato* prole, nè fratello, sorella, nè discendenti da essi, la eredità si divide per metà fra gli ascendenti della linea paterna e gli ascendenti della linea materna, è manifesto che non ha riguardo semplicemente alla esistenza della prole, dei fratelli o sorelle o discendenti da essi, in tempo della morte, ma che suppone di necessità non rinunziare alla loro qualità: la espressione, se il defunto non abbia *lasciato* è di fatti sinonima delle altre: *In caso di premorienza...* (art. 750 — 672); ovvero: *In mancanza di fratelli o sorelle* (art. 753); ovvero ad evidenza eziandio: *In caso di rinunzia o indegnità* (*ved.* il t. 1 di questo trattato, n. 505).

E tale significazione è inoltre, noi affermiamo, unisona ai principii particolari della subbietta materia.

Di fatti le restrizioni dalla legge arrecate ai diritti del figlio naturale trovandosi soprattutto stabilite nello interesse dei parenti legittimi, la porzione che costoro debbono conseguire contro il figlio naturale assume pienamente il carattere di riserva (*infra*, n. 87).

Or precisamente la quantità della riserva (come in prosieguo imprenderemo a dimostrare) varia, avuto riguardo *alla qualità degli* EREDI che LASCIA (il *de cujus*). Tali sono gli stessi termini dell'art. 922 — 839,

il quale determina così, nel modo più positivo, il senso del vocabolo *lasciare*.

3° Obbiettasi che l'art. 757 fa, sin dal momento stesso della morte . una divisione , una *ripartizione* della eredità in due parti , una delle quali verrebbe attribuita ai parenti legittimi e l'altra al figlio naturale.

Ma è manifesto che viene così risoluta la quistione per la quistione.

Si indubitatamente la legge attribuisce una parte alla successione regolare ed una parte alla successione irregolare.

Ma secondo quale base ?

Ecco il punto da decidere.

Or ci pare inesatto il sostenere che questa parte è invariabilmente stabilita, nel momento stesso della morte , secondo la qualità dei parenti successibili , i quali esistono in tal momento; dappoichè se rinunziino o sieno indegni, si reputeranno non essere stati mai eredi.

Ben si comprende tal ripartizione in alcuni casi: quindi , per esempio , quando l' autore del figlio naturale abbia lasciato più fratelli, essendo la metà attribuita al figlio naturale, e l'altra metà a tutti i fratelli collettivamente, allora è ben fondato il sostenere che la parte di quei due fratelli rinunzianti o indegni si accresce agli altri fratelli e sorelle che succedono.

Ma se , per contrario , tutti i fratelli e le sorelle lasciati dal defunto, rinunziino o sieno indegni, e se, in loro mancanza , succeda un cugino, la quantità dei diritti del figlio naturale trovandosi allora aumentata,la divisione, la ripartizione non si fa più nelle stesse proporzioni.

E la parte che i fratelli e le sorelle rinunzianti avessero ottenuto avverso il figlio naturale, non può *devolversi* al cugino, come la parte di un figlio legittimo unico rinunziante (in una successione regolare), non potrebbe devolversi ad un ascendente o ad un fratello legittimo del defunto.

4° La dottrina da noi oppugnata potrebbe andare incontro ad impacci gravissimi o piuttosto priva di ogni risultamento!

Suppongasi che tutti i parenti lasciati dal defunto rinunziino o sieno indegni , il figlio naturale conseguirà forse tutti i beni, e semplicemente una porzione computata secondo la qualità dei parenti lasciati dal suo autore ?

Allora è forza attribuirgli la totalità ; dappoichè non potrebbesi fare alcun caso della frazione che gli verrebbe tolta, e la quale non potrebbesi attribuire ad alcun altro eccetto che a lui ! E nulladimeno nell' art. 758 si rinviene adoperato eziandio il vocabolo *lasciare*, come si trova nell' art. 757.

Suppongasi altresì che l' autore del figlio naturale abbia lasciato tre figli legittimi, e che uno di costoro rinunzii o venga escluso come indegno, qual parte verrà allora attribuita al figlio naturale, nel sistema opposto ? Si computerà forse come se concorresse con tre figli legittimi? Converrebbe far ciò assolutamente in questo sistema; avvegnachè è ben fondato il sostenere avere il padre o la madre *lasciato* tre figli legittimi, ed effettivamente si è ciò praticato ! e si è statuito che è uopo prelevare su la eredità la parte del figlio legittimo rinunziante o indegno ; che questa parte si accresce esclusivamente ai due altri figli legittimi; e che la parte del figlio naturale debbesi computare calcolando il figlio rinunziante o indegno, val dire come se concorresse con tre figli legittimi , comunque concorra soltanto con due. ! (Confr. Richefort, t. III, n. 407).

Ma ciò torna manifestamente inattendibile !

Imperocchè, in conformità del testo medesimo dell' art. 757, il figlio naturale in concorso con figli legittimi, debbe conseguire una frazione della porzione ereditaria , che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo: or, se fosse stato legittimo , avrebbe conseguito un terzo e non semplicemente un quarto;dappoichè sarebbe concorso con due *altri figli* soltanto, e non con tre:dunque torna impossibile calcolare la sua porzione come se i tre figli legittimi effettivamente succedessero (*supra*, numero 30, 4°; Chabot, art. 757, num. 6).

5°Finalmente rimane un ultimo argomento, consistente nel sostenere che ciò che dimostra che,« non avuto riguardo ai diritti successori « degli eredi legittimi , ma alla loro qualità « di parenti in determinato grado, sonosi de« terminati i diritti del figlio naturale , *si è* « che il diritto del figlio naturale il quale è « della metà , quando i genitori lascino fra« telli o sorelle, è dei tre quarti , quando la« scino nipoti.

Faremo due risposte:

Primamente si pone in campo qui come elemento di soluzione in una quistione controversa altra quistione molto più controvertita ancora , e rispetto a cui , dal canto nostro , cercheremo stabilire che la miglior soluzione

non è quella data dalla Corte di cassazione (*infra*, n. 75).

In secondo luogo non ci pare che l'argomento desunto da cotesta soluzione sia efficace nella quistione qui agitata. Di fatti qual'è mai la nostra attuale quistione? si è il conoscere se i dritti del figlio naturale vengano ridotti, avuto riguardo alla qualità dei parenti legittimi lasciati dal defunto, sol quando costoro succedono: or, qualunque sia la porzione cui il figlio naturale possa aver dritto, sia contro i fratelli o sorelle del suo autore, sia contro i suoi nipoti, qui poco importa, a creder nostro: dappoichè noi sosteniamo che tal porzione, qualunque siane la qualità, eguale o maggiore, debbesi sempre determinare, avuto riguardo alla qualità dei parenti che succedono, senza aver riguardo ai parenti rinunzianti o indegni (Confr. Delvincourt, tom. II, p. 21 nota 8; Toullier e Duvergier, tom. II, num. 255; Duranton, t. VI, n. 285; Chabot, art. 757, n. 11; Poujo', art. 757, n. 22; Marcadé art. 757, num. 4; Poiseau, p. 653 e seg.; Demante, t. III, n. 75 *bis*, I; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, pag 213; Massé e Vergè, t. II, p. 273; Pont, *Osserv. sul giudicato del 31 agosto* 1847, Dev., 1847, I, 785, note 1 e 2.) Nulladimeno osserviamo che i su riferiti giudicati vennero emessi non nella ipotesi in esame, ma nella ipotesi affatto diversa, a parer nostro, alla cui disamina ci accingiamo; la qual cosa, ad onta della generalità dei loro motivi, molto ne attenua l'autorità nella nostra attuale quistione.

53. —Ora rimane il caso in cui il parente successibile, lasciato dal padre o dalla madre del figlio naturale, trovisi privo della eredità per disposizioni a titolo gratuito.

Il padre o la madre del figlio naturale ha lasciato, per esempio, un fratello ed un legatario universale estraneo.

Supponendo che la eredità sia di 20,000 fr., quale sarà mai il dritto del figlio naturale?

Comechè trattisi qui di quistione di riserva e di quota disponibile, cioè di una materia che non vogliamo mescere col titolo *delle Successioni*, e rimettiamo al titolo *delle Donazioni e dei testamenti*, in cui l'ha collocata il nostro legislatore, ne faremo nulladimeno qualche cenno, per compiere la tesi in disamina.

La soluzion della quistione quale sarà, in tale ipotesi, la riserva del figlio naturale, sembra effettivamente essa medesima dipendere dalla soluzione dell'altra, ora in disamina:

Debbasi mai aver riguardo alla esistenza del fratello lasciato dall'autore del figlio naturale, comunque il fratello non succede effettivamente?

Se vi si abbia riguardo, siccome il figlio naturale ha dritto, contro un fratello, alla metà (art. 757—674), così la sua riserva contra il legatario universale sarà della metà della metà.

Se per contrario, non abbiasi riguardo alla esistenza del fratello del defunto, siccome allora il figlio naturale ha dritto alla totalità dei beni (art. 758), così la sua riserva sarà della metà dello intero, come in prosieguo dimostreremo (artic. 457-758-913 confr. — 674-829).

Ebbene adunque! ha forse dritto, contro il legatario universale, alla metà della metà soltanto, ovvero alla metà dello intero?

O in altri termini, debbesi o pur no, in questo caso, aver riguardo alla esistenza del fratello lasciato dal suo autore?

Sembra primamente che converrebbe, nel sistema da noi sostenuto, statuire che la riserva del figlio naturale debba essere allora della metà dello intero.

Di fatti, a norma dell'art. 758, il figlio naturale ha dritto alla totalità dei beni, quando i suoi genitori non *lascino* parenti in grado successibile; ed abbiamo divisato che il vocabolo *lasciato* fosse relativo ai parenti successibili, in concorso, relativamente alla eredità, col figlio naturale;

Or, nell'addotto caso, il fratello del defunto non succede; ed il figlio naturale concorre con un legatario universale estraneo alla famiglia;

Dunque ha dritto alla totalità dei beni; dunque la sua riserva, la quale è allora, come osserveremo, la stessa che quella di un figlio legittimo, debbe essere della metà di tutti i beni.

Tal conclusione sembra logica, a primo aspetto; e di fatti è stata positivamente sancita con più giudicati ed insegnata da giureconsulti (confr. decis. C. di Parigi 16 giugno 1838 Cazin, D. 1838, II, 187; di Tolosa 8 giugno 1839, Blanc, Dev., 1839, II, 358; arresto C. cass. 14 marzo 1837, Delaunay, D. 1837, I, 277; Delvincourt, t. II, p. 22, nota 4; Chabot, art. 756, n. 29; Loiseau, p. 674; Levasseur, *della porzione disponibile*, n. 62; Pont, *Osservaz.* sul giudicato del 31 agosto 1847, Dev., 1847, I, 785.)

Non pertanto dobbiamo ammettere tal dottrina produrre conseguenze, che torna effettivamente impossibile ammettere;

Primamente essa mena al risultamento che la riserva del figlio naturale sarà tanto maggiore per quanto le liberalità fatte dal suo autore saranno per contrario più considerevoli! Quindi, nello addotto esempio, se il padre del figlio naturale, avendo un fratello e 20,000 franchi, ne avesse legato 15,000, il figlio naturale avrebbe conseguito i soli 5000 franchi, formanti precisamente lo importare della sua riserva, val dire la metà della metà che doveva conseguire in concorso col fratello del defunto; ed avendo suo padre fatto un legato universale e disposto della totalità dei suoi 20,000fr.,il figlio naturale avrebbe, per sua riserva, 10,000 franchi, cioè la metà dello intero!

In secondo luogo, chi non iscorge che viene così somministrato ai genitori del figlio naturale un mezzo troppo agevole di vantaggiarlo oltre i limiti stabiliti con gli articoli 757 e 908 — 674 ed 824; di vantaggiarlo in detrimento dei parenti legittimi e ad onta di quelle alte considerazioni di pubblica moralità per cui la legge ha inteso garentire l' onore del matrimonio ed i dritti della famiglia!

Finalmente soggiugniamo che tal sistema produrrebbe pure la conseguenza di promuovere ingiuste diredazioni; dappoichè il mezzo che esso offre ai genitori di accrescere la parte del loro figlio naturale, consiste precisamente nello spogliare i loro legittimi parenti ad obbietto di far concorrere il loro figlio naturale con un legatario universale estraneo!

Dunque non sapremmo ammettere tal sistema.

Epperò ci è forse mestieri abbandonare la dottrina da noi testè propugnata?

Niente affatto; e crediamo poter dimostrare che le nostre due soluzioni, comunque forse contraddittorie in apparenza, discendono per contrario entrambe logicamente da colesta dottrina.

Di fatti qual' è mai la tesi da noi sostenuta circa il significato del vocabolo *lasciato* adoperato negli art. 757 e 758? si è che, per determinare l'ampiezza dei dritti del figlio naturale, conviene aver riguardo alla qualità dei parenti successibili del padre o della madre, i quali non han perduto questo titolo mercè la rinunzia o la indegnità.

Or, nell' attuale ipotesi, il fratello del *de cujus*, ad onta della esistenza del legatario universale estraneo, è sempre, rispetto al figlio naturale, il successibile, l' erede, il rappresentante finalmente della famiglia legittima: è ben vero altresì che il legatario universale ha il possesso (artic. 1006 — 932); ma precisamente in detrimento del fratello legittimo il legato universale produce tale effetto: il legatario, come benissimo si è osservato, vieno sostituito, surrogato nei dritti del fratello; e ciò appunto è uopo rispondere a coloro i quali obbiettano che il legatario universale allora argomenta contra il figlio naturale dagli altrui dritti;

Dunque tali dritti, i quali vengono rimossi, non sono annientati; sono sì poco annientati nella persona del fratello che esso precisamente trarrebbe vantaggio dalla caducità del legato universale, ed avrebbe dritto di esercitare le azioni di nullità, cui il testamento potrebbe dar luogo; dunque il fratello sta sempre, rimpetto al figlio naturale, come il successibile della legge; e l' onore del matrimonio e della famiglia impedisce di fatti che, in tale stato, il figlio naturale possa pretendere che la famiglia, è per così dire, sparita, e che si trovi solo, come se fosse legittimo, rimpetto allo estraneo legatario!

Questa differenza frai due casi è incontrastabile; e in tutti i sistemi, è uopo ammetterla.

Di fatti suppongasi che, in mancanza di ogni liberalità, il fratello unico del defunto, il solo parente che avesse lasciato, rinunzii alla eredità. Tutti i sistemi, come osservammo (*supra*, n. 53), convengono che il figlio naturale conseguirà la totalità dei beni, comunque il suo autore abbia nulladimeno *lasciato* un fratello (art. 758). Diciamo che se ne conviene ed è indispensabile convenirne! avvegnachè, se si volesse allora attribuire una metà al figlio naturale, quale uso farebbesi dell' altra metà!

Ebbene! suppongasi, in tale ipotesi, un legato universale. Per contrario si avrà riguardo alla presenza del fratello il quale, comunque escluso dalla eredità del legatario, sta sempre rimpetto al figlio naturale, come il successibile chiamato dalla legge.

Dunque, ripetiamolo, tutti i sistemi debbono ammettere la differenza dei due casi.

Non pertanto qui potrebbe sorgere una complicazione, cioè nella ipotesi in cui il fratello rinunziasse alla eredità.

La sua rinunzia non avrebbe forse per ef-

fetto di dar ragione al figlio naturale contro il legatario universale, quando pretendesse esser solo in avvenire rimpetto a lui relativamente alla eredità?

Non dissimuliamo la soluzione affermativa di tal quistione poter dare luogo a molte e gravi obbiezioni; e nondimeno sarebbe malagevole evitarla. La pruova ne è che la Corte di cassazione ha così giudicato in una ipotesi affatto analoga, statuendo che gli avi e le avole, i quali succedono dietro rinunzia dei fratelli e sorelle, han diritto ad una riserva come se fossero chiamati direttamente in mancanza di fratelli o sorelle. Del resto nel titolo seguente torneremo a ragionare su tutta questa teorica (confr. decis. C. di Parigi 16 luglio 1839, Lucas, Dev., 1839, II, 359; arresto C. cass. 11 mag. 1840, stesse parti, Dev. 1840, I, 680; decis. C. di Tolosa 29 aprile 1845, Rollindes, Dev. 1846, II, 49; arresto C. cass. 15 marzo 1847, Vergnes, Dev, 1847, I, 178; arresto C. cass. 31 agosto 1847, Rollindes, Dev. 1847; I 785; decis. C. di Amiens 23 marzo 1854, comune di Balloy, Dev., 1854, II, 289; agg. decis. C. di Parigi 9 giugno 1834, Sayssel, D. 1834, II, 240; Merlin, *Quist. di dir.* v. *Riserva*; Toullier, titolo II, numero 266; Duranton titolo VIII, numero 327; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V, p. 482; Marcadé, articolo 916, numero 551; Gros, *Dei diritti success. dei figli nat.*, numero 86; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 756, *Osserv.* 8; Troplong, *delle Donaz. e dei testam.*, t. II, n. 634 e 767; D., *Rac. alfab.* v. *Successione*, n. 315).

56. Ed ora torniamo più specialmente a ragionare intorno al nostro subbietto.

Dobbiamo determinare la quantità dei diritti del figlio naturale, secondo le diverse basi a norma di cui il legislatore l'ha stabilita ed all' uopo successivamente disamineremo le seguenti ipotesi:

1° I genitori del figlio naturale hanno lasciato figli legittimi;

2° I genitori hanno lasciato ascendenti o fratelli e sorelle;

3° Non hanno lasciato ascendenti, nè fratelli nè sorelle, ma parenti collaterali più remoti;

4° Non han lasciato parenti in grado di succedere;

5° Finalmente ravviseremo se, in queste diverse ipotesi, i figli o discendenti del figlio naturale possano esercitare i diritti conceduti allo stesso figlio naturale nella eredità dei suoi genitori.

N. 1.

Del caso in cui il padre o la madre del figlio naturale abbia lasciato discendenti legittimi.

SOMMARIO.

57.—È messieri distinguere due ipotesi:
58.—A. Si suppone primieramente esservi un solo figlio naturale in concorso con uno o più figli legittimi.—Operazione mercè di cui si determina allora il suo diritto.
59.—Continuazione.—Puossi pure, mercè di altro metodo, conseguire lo stesso risultamento.
60.—L'art. 757 attribuisce al figlio naturale il terzo della porzione ereditaria, che avrebbe conseguita se fosse stato legittimo, e non il terzo della porzione di un figlio legittimo.
61.—Continuazione.—Confutazione del sistema suggerito da Blondeau.
62.—Confronto delle parti de' figli legittimi con la parte del figlio naturale.
63.—Continuazione.— Osservazione circa la variabilità del rapporto fra la parte de' figli legittimi e la parte del figlio naturale.
64.—*Quid*, se i figli legittimi sieno premorti, lasciando essi medesimi figliuoli?
65.—*Quid*, se i figli legittimi abbiano rinunziato e sieno indegni, e se essi medesimi abbiano figliuoli?
66.—Continuazione.
67.—B. Si suppone concorrere più figli naturali con uno o più figli legittimi.—Esposizione del sistema di determinamento generalmente osservato in pratica.
68.—Continuazione.—Sistemi varii.
69.—Continuazione.
70.—Continuazione.—Esposizione del sistema denominato di ripartizione.—Confutazione.
71.—Confutazione.—Conclusione.

57. — L' art. 757—674 dichiara:

« Se il padre o la madre ha lasciato dei di-
« scendenti legittimi, il diritto (del figlio na-
« turale) è di un terzo della porzione eredi-
« taria che egli avrebbe conseguito se fosse
« stato legittimo. »

È sommamente verosimile, come già osservammo, che gli autori del nostro Codice abbiano attinto la idea di tal modo di determinamento negli art. 13 e 15 della legge del dì 11 nebbioso anno II (*supra*, n. 9).

Altronde tal disposizione è di semplicissima applicazione, quando siavi un solo figlio naturale, sia qualunque il numero dei figli legittimi.

Mentre, per contrario, fa sorgere gravi difficoltà, quando vi sieno più figli naturali concorrenti con uno o più figli legittimi.

Dunque conviene successivamente esporre ciascuna di queste due ipotesi.

58. A. — Suppongasi, in primo luogo, esservi un solo figlio naturale concorrente con uno o più figli legittimi.

Per determinare la parte a lui spettante, è uopo supporlo primamente legittimo e novverarlo momentaneamente come un figlio legittimo di più: si divide provvisoriamente la eredità, secondo tale ipotesi, in parti eguali, a norma del diritto comune (art. 745—667); e quando siasi ottenuta la quota-parte ereditaria cui il figlio naturale avrebbe diritto, se fosse legittimo, debbesi semplicemente prendere il terzo di questa quota-parte per conoscere la porzione che debba effettivamente spettargli.

È questa l' operazione onde si consegua il risultamento indicato dall' art. 757 (confr. arresto C. cass. 26 giugno 1809, Picot, Sirey, 1809, I, 337).

Nulla evvi di più semplice, come ben si ravvisa.

Se, per esempio, siavi un figlio naturale ed un figlio legittimo, il figlio naturale, supponendolo legittimo, avrebbe conseguito la metà della eredità: dunque è mestieri lasciargli il terzo della metà, val dire un sesto.

In concorso con due figli legittimi, un figlio naturale avrebbe conseguito il terzo; e quindi conseguirà il terzo del terzo, o un nono.

Similmente, se vi sieno tre figli legittimi, siccome il figlio naturale avrebbe conseguito il quarto, così conseguirà il terzo del quarto o un dodicesimo; e nel modo stesso intimando nelle medesime proporzioni (*ved.* le tavole su tal subbietto di Amedeo Nicolas nel suo *Manuale della divisione delle eredità*, p. 14 e seg).

E ben si comprende che i due terzi prelevati su la porzione del figlio naturale rimangono nella eredità ed accrescono di altrettanto la porzione del figlio o dei figli legittimi.

59. — Puossi osservare altresì un altro metodo per ottenere lo stesso risultamento.

Tal metodo consiste nel multiplicare per tre il numero dei figli, compresovi il figlio naturale; e la parte di questo ultimo figlio sarà eguale al prodotto della multiplicazione.

Suppongasi esservi un figlio legittimo ed un figlio naturale; la multiplicazione dà sei; e di fatti un sesto debbe spettare al figlio naturale.

Similmente, multiplicando per tre due figli legittimi ed un figlio naturale, si ottiene il numero nove; e precisamente un nono debbe conseguire il figlio naturale; e così proseguendo.

Ben si ravvisa che tale operazione attribuisce sempre eziandio al figlio naturale, in conformità dell' art. 757, un terzo della porzione ereditaria che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo (confr. *infra*, n. 67; Chabot. art. 757, n. 3; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 272).

60. — È da riflettere che l' art. 757 non attribuisce al figlio naturale *il terzo della porzione ereditaria di un figlio legittimo*.

Gli attribuisce *un terzo della porzione, che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo (infra, n. 69)*.

Or queste due formole sono ben diverse; ed è agevole dimostrare, con cifre, condurre esse a risultamenti assai dissimili!

Per esempio, in una eredità di 6000 fr. trovansi un figlio legittimo ed un figlio naturale.

Il figlio naturale dovendo conseguire il terzo della porzione che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo, avrà 1000 fr.; ed il figlio legittimo ne avrà 5000.

Mentre che se si attribuisce al figlio naturale il terzo della parte spettante al figlio legittimo, conseguirebbe, nella nostra ipotesi 1500 fr.; ed il figlio legittimo conseguirebbe 4500 fr.

Or tal metodo sarebbe ad evidenza contrario al testo medesimo dell' art. 757.

61. — Non pertanto Blondeau, nel suo *Trattato della separazione dei patrimonii*, ha proposto un sistema molto simigliante a quello da noi dimostrato impossibile.

« A qual riduzione, dice il dotto autore, fa soggiacere il figlio legittimo il figlio naturale che concorra con lui? E qual è la parte della eredità spettante al medesimo figlio naturale? di malagevole scioglimento è tal quistione; e crediamo non essere uopo disaminarla qui. Additeremo semplicemente il nostro sistema: esso consiste nel considerare la porzione ereditaria come un' azione sociale; i figli legittimi hanno ciascuno un' azione totale; ed i figli naturali hanno ciascuno un terzo di azione. Conseguentemente un figlio naturale, in concorso con un solo figlio legittimo, riceve 1/4 della eredità ed il figlio legittimo 3/4. » (p. 528, nota 2).

Blondeau aveva annunziato lo sviluppamento di tal sistema in una particolare dissertazione da lui non pubblicata.

Ma è malagevole comprendere come mai avrebbe potuto giustificare una dottrina, la quale trasgredisce sì manifestamente lo stesso senso letterale della legge, ed attribuisce al figlio naturale un *quarto*, nella ipotesi più semplice di tutte, in cui, secondo la testuale applicazione dell' art. 757, debbe conseguire *un sesto* ! (Confr. Gros, *dei Dir. succes. dei figli nat.* n. 46 Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 272; D., *Rac. alfab.* v. *Successione*, n. 283).

62. — Da quanto precede risulta che finalmente un figlio legittimo, in concorso con un figlio naturale, non consegue soltanto una parte tripla della parte di un figlio naturale, ma una parte quintupla (5/6).

Similmente due figli legittimi conseguono, per loro due, una parte ottupla di quella del figlio naturale (8/9); e così proseguendo.

63. — Tenendo dietro alla progressione dei diritti del figlio naturale, secondo che concorra con un maggior numero di figli legittimi, torna impossibile di non trovarsi colpito dal risultamento, che non solo il rapporto fra la parte del figlio naturale o la parte del figlio legittimo non è invariabile, ma oziandio che varia nel senso che la differenza fra queste due parti è tanto meno notevole in quanto che il figlio naturale concorre con un maggior numero di figli legittimi.

Di fatti, se vi sia un figlio legittimo, il figlio naturale ha 1/6, ed il figlio legittimo 5/6; il rapporto fra le due parti è adunque allora di 1 a 5.

Se vi sieno due figli legittimi, il figlio naturale consegue 1/9, e ciascuno dei figli legittimi 4/9; il rapporto è allora di 1 a 4.

Se vi sieno tre figli legittimi, il rapporto diviene allora soltanto di 3 ad 11.

Ed in proporzione che si accresce il numero dei figli legittimi, la differenza del rapporto tra la parte di ciascuno di essi e la parte del figlio naturale diminuisce sempre più.

Può sembrare strano cotesto risultamento; e di fatti è stato l' obbietto di gravi censure:

1° Nè in ragione nè in morale, dicesi, potrebbero spiegarsi tali differenze: indubitatamente rinviensi sempre la stessa immoralità nella nascita di un figlio naturale, sì quando due sieno i figli legittimi che quando sia un solo ! E non pertanto, se vi sia un solo figlio legittimo, costui conseguirà una parte quintupla di quella del figlio naturale; mentre se ve ne sieno due, ciascuno di essi conseguirà una parte quadrupla di quella del figlio naturale. Per qual ragione ?

2° Tal variabilità del rapporto fra le due parti produce inoltre la conseguenza che, se un novello figlio legittimo si unisca a quelli già noti, la sua parte non viene prelevata proporzionatamente su le parti dei figli legittimi e del figlio naturale, come la ragione e la logica richiederebbero. Per contrario la ripartizione è seguita nel modo più ineguale in detrimento del figlio legittimo. Per esempio dovevasi dividere una eredità di 18,000 fr. tra un figlio legittimo ed un figlio naturale: conseguentemente costui aveva diritto ad un sesto, cioè a 3000 fr. ; ed il figlio legittimo doveva conseguire cinque sesti, cioè 15,000 fr. Sopraggiugne un secondo figlio legittimo. Il figlio naturale avrà diritto ad un nono, cioè 2000 fr., val dire che egli conseguirà il terzo della sua parte; mentre il figlio legittimo conseguirà soli quattro noni, cioè 8000 fr. ; val dire che egli perderà i sette quindicesimi della sua parte ! Or, logicamente, dovrebbe perdere il terzo della sua parte.

3° Finalmente si appongono al sistema adottato dal Codice le difficoltà di calcolo da esso provegnenti, e le complicazioni che ne emergono, sia quando trovinsi più figli naturali, sia quando trattisi di determinare la riserva del figlio naturale (confr. Gros, n. 14-15).

Tali osservazioni sono al certo sommamente ingegnose, e non potrebbesi negare che un sistema, il quale avesse scelto per base la invariabilità del rapporto fra la parte del figlio legittimo e la parte del figlio naturale, oltre all' essere più consentaneo alla logica, avrebbe potuto offrire altresì molti vantaggi.

Tal sistema è precisamente quello sancito dal Codice di Haiti con l' art. 608, così conceputo:

« Se vi sia concorso di discendenti legitti« mi e di discendenti naturali, la parte del fi« glio naturale dovrà sempre essere il terzo « della parte del figlio legittimo. Per operare « fittiziamente la divisione, basterà suppor« re il numero dei figli legittimi triplo di « quello che sarà effettivamente; aggiugner« vi quello dei figli naturali, e fare tante par« ti eguali quanti allora si reputeranno esse« re i figli: ciascuno figliuolo naturale pren« derà una parte, ciascun figlio legittimo ne « prenderà tre. »

Di fatti ben si ravvisa tal metodo essere infinitamente semplice.

Ma la disposizione del Codice è affatto diversa; e qualunque possa essere il merito delle riflessioni testè fatte, torna indubitato che, a norma dell'art. 757, il raporto fra la parte del figlio naturale e la parte del figlio legittimo varia secondo il numero dei figli legittimi.

Puossi stimare questa *variabilità* poco logica; ma è forza ammetterla: è questa una riflessione che di frequente dovremo farenel trattare l'attuale subbietto (*infra*, n. 70).

64. — Se taluni dei discendenti legittimi sieno premorti, ovvero sieno tutti premorti, i loro figliuoli o discendenti li rappresentano; e siccome la divisione allora ha luogo per famiglia, computansi tutti, rispetto al figlio naturale, pel figlio legittimo da essi rappresentato. Tal è la conseguenza emergente dall'art. 757, il quale dichiara che il figlio naturale debba conseguire un terzo della porzione che avrebbe conseguita se fosse stato legittimo: or, se fosse stato legittimo, i discendenti di un figlio premorto, succedendo per rappresentazione, sarebbero stati computati contro di lui per un sol capo.

Tre nipoti, per esempio, di un figlio legittimo premorto conseguirebbero dunque, per tutti e tre 5/6, contro il figlio naturale (confr. art. 740, 743 — 661, 665; Loiseau, *dei figli nat.*, p. 646, 648; Duranton, t. VI, n. 273; Chabot, art. 757, n. 5).

65. — Che cosa è da statuire, quando i figli legittimi di primo grado abbiano rinunziato o sieno stati esclusi come indegni, ed essi medesimi abbiano figli?

Allora essendo impossibile la rappresentazione (art. 744 — 666), trattasi conoscere quali sieno i diritti di quei nipoti rimpetto al figlio naturale.

Generalmente si ammette che se trai figli legittimi soltanto alcuni abbiano rinunziato o sieno indegni, il figlio naturale consegue l'accrescimento risultante da tali rinunzie o indegnità, e che la eredità debbasi dividere fra lui ed i figli legittimi o il solo figlio legittimo rimasto erede, come se i rinunzianti o gl'indegni non fossero esistiti (art. 785 — 782). Nulladimeno Richefort ha manifestato un opposto sentimento da noi già confutato (*supra*, n. 54; confr. art. 745 757, 785, 786 — 667, 674, 702, 703; Chabot, art. 757; n. 5; Duranton, t. VI, n. 273; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 287, Massé e Vergé, t. II, p. 273).

66. — Ma quando tutti i figli di primo grado abbiano rinunziato o sieno indegni, è controversa quistione quella di conoscere qual parte debba attribuirsi al figlio naturale, il quale allora concorre coi nipoti, che succedono non per rappresentazione, ma per proprio diritto!

Per esempio l'autore del figlio naturale aveva lasciato due figli legittimi rinunzianti o indegni.

E ciascuno di essi ha lasciato due figli.

In simil caso come mai è uopo computare la porzione del figlio naturale?

Più opinioni si son messe in campo:

1° Una insegna che allora debbesi calcolare la parte del figlio naturale, rimpetto ai quattro nipoti che succedono di propria ragione, come sarebbesi calcolata riguardo ai due figli, se fossero succeduti; per modo che il figlio naturale non consegua nè più nè meno, rispetto ai quattro nipoti come rispetto ai due figli, e le rinunzie o le esclusioni per causa d'indegnità non gli giovano nè gli nuocciono.

Questa soluzione è affatto semplice nel sistema a norma di cui è uopo, per determinare i diritti del figlio naturale, aver riguardo soltanto alla qualità ed al grado dei parenti *lasciati* dai suoi genitori, senza tener conto se questi succedano o pur no (*supra*, n. 52 e seg.).

Ma essa è stata propugnata altresì da giureconsulti i quali prescrivono cotesto sistema.

E primieramento, si è detto, non potrebbesi ad evidenza pretendere che il *figlio naturale* escluderà i nipoti legittimi. Indarno obbietterebbesi loro che, se fosse legittimo egli stesso, conseguirebbe la totalità; dappoichè è in primo grado, ed eglino sono nel secondo grado, senza poter invocare la rappresentazione; dappoichè può conseguire la totalità solo in mancanza di parenti in grado di succedere (art. 758 — 674).

E non solo non può conseguire la totalità in caso di esistenza dei nipoti; ma non può neppure, dicesi, conseguire una frazione della totalità; dappoichè l'art. 757 gli attribuisce una frazione della *porzione* ereditaria, quando trovisi in concorso con *discendenti legittimi*; ed aggiungesi che questo articolo non distingue se i discendenti legittimi siono di primo o secondo grado, se godano o pur no del benefizio della rappresentazione.

Da questo duplice argomento si inferisce che, in tal caso, *la eredità non si divide*,

riguardo al figlio naturale, per capo di erede, ed i nipoti, comunque succedano di proprio diritto, dovranno computarsi, sia qualunque il loro numero, per un solo capo, come se succedessero per rappresentazione (confr. Chabot, art. 757, n. 5; Duranton, t. VI, n. 274; Taulier, t. III, p. 173.)

2° Ma è manifesto tal conclusione non corrispondere con la premessa su cui pretendesi poggiarla.

Imperocchè, se il diritto del figlio naturale, in questa ipotesi, debbesi determinare sopra una *porzione* soltanto della eredità e non su la totalità, la conseguenza necessariamente ne è che questa medesima porzione debbesi determinare avuto riguardo al numero dei discendenti legittimi che di propria ragione concorrono con lui; fermata tal base, nessun testo di legge permetterebbe sostenere che i nipoti legittimi, comunque succedenti di propria ragione, non hanno contro il figlio naturale diritto maggiore di quello che avrebbero se succedessero per rappresentazione.

E di qui conseguiterebbe doversi la eredità dividere per capi tra il figlio naturale ed i nipoti, val dire doversi aver riguardo al numero degli stessi nipoti e non al numero dei figli.

Di fatti tal è la seconda opinione, più logica, a parer nostro, della prima, ma eziandio più inattendibile! avvegnachè, oltre gli argomenti onde ci faremo a confutarle entrambe, osserviamo che questa presenterebbe particolarmente il pericolo di promuovere, in detrimento del figlio naturale, rinunzie concertate e frodolenti da parte dei figli legittimi.

3° Finalmente la terza opinione, la sola vera, a parer nostro, consiste nel sostenere che il figlio naturale, in tale ipotesi, conseguirà il terzo di tutta la eredità:

A norma dell'art. 757 il figlio naturale debbe conseguire, rispetto ai discendenti legittimi, il terzo di ciò che avrebbe conseguito, se fosse stato legittimo.

Or, se fosse stato legittimo, avrebbe conseguito la totalità, trovandosi in primo grado, mentre i nipoti sono e rimangono in secondo grado;

Dunque debbe conseguire il terzo della totalità.

È ben vero che l'art. 757 non dichiara che il figlio naturale conseguirà un terzo *di ciò che avrebbe conseguito*, se fosse stato legittimo: l'articolo dichiara che conseguirà un terzo della *porzione* che avrebbe conseguita; e conseguentemente ci si obbietta non poter noi computare, eziandio riguardo ai nipoti, il suo diritto su la *totalità*.

L'obbiezione è, conviene confessarlo, ingegnosa e speciosa. Ma siamo altresì intimamente convinti essere troppo pedissegua del senso letterale della legge e disconoscerne lo essenziale intendimento. Lo essenziale intendimento della legge si è attribuire al figlio naturale il terzo di ciò che avrebbe conseguito, se fosse stato legittimo; e siccome, quando concorre con figli, avrebbe conseguito, nei casi più ordinarii, supponendolo legittimo, una porzione, così il legislatore ha adoperato questo vocabolo, il quale tornerà effettivamente esatto nei casi più ordinarii, val dire quando i figli legittimi di primo grado non abbiano rinunziato nè sieno indegni; ma se, per contrario, rinunziino o sieno indegni, ed i nipoti succedano di propria ragione, allora lo spirito della legge debbe prevalere alla lettera; ed è uopo concedere al figlio naturale il terzo di ciò che avrebbe conseguito nella ipotesi avveratasi, se fosse stato legittimo: or, se fosse stato legittimo, avrebbe conseguito la totalità.

Altronde si è con massimo fondamento eziandio osservato che le due opinioni da noi testè esposte menano a numeriche inconseguenze le più flagranti!

Una eredità di 36,000 fr., per esempio, debbesi dividere fra quattro figli legittimi ed un figlio naturale; ed i quattro figli legittimi hanno, fra essi tutti, sette figli.

Se tutti i figli legittimi succedono, il figlio naturale conseguirà 1/15, cioè 2400 fr.

Se uno dei figli legittimi rinunzii o sia indegno, conseguirà 1/12, cioè 3000 fr.

Se due figli legittimi rinunziino, egli conseguirà 1/9, cioè 4000 fr.

Se tre figli legittimi rinunziino, egli conseguirà 1/6, cioè 6000 fr.

Ma, se i quattro figli legittimi rinunziino o sieno indegni, il figlio naturale allora conseguirà, a norma della prima opinione, professata da Chabot, Duranton e Taulier, 1/15; e conseguirebbe molto meno, in conformità della seconda opinione!

Val dire che il suo dritto soggiacerebbe bruscamente ad una enorme diminuzione, e nel momento stesso in cui la causa, la quale il faceva aumentare, avrebbe raggiunto il suo più alto grado di potenza ed il suo *maximum!* ciò sarebbe impossibile (Confr. Malpel, n. 159; Demante, t. III, n. 74 *bis;* Duvergier sopra

Toullier, t. II. n. 252; Marcadè, artic. 757, n. 1; Vazeille, art. 757, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 207; Massè e Vergè. t. II, p. 273; Gros, *Dei dritti succ. de' figli nat.*, num. 46, 47; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 279.)

67. B. — Suppongasi ora esservi più figli naturali concorrenti con uno o più figli legittimi.

Questa seconda ipotesi è molto più malagevole; ed essa ha fatto sorgere più sistemi.

Tutto il male è provenuto dalla equivoca espressione *figlio naturale* adoperata nell'articolo 757. Così vi si trova forse contemplato il caso in cui esista un solo figlio naturale? Ovvero comprende forse eziandio il caso in cui ve ne sieno più? E, quando ve ne sieno più, è uopo forse considerarli provvisoriamente legittimi tutti nel tempo stesso, o per contrario successivamente gli uni dopo gli altri?

Esporremo primamente il sistema il quale viene, pressappoco, generalmente insegnato nella dottrina, il solo osservato in pratica; e poscia disamineremo gli altri sistemi i quali vengono sempre messi in campo, senza che alcuno dei medesimi sia stato finora accolto nel Foro.

Ebbene! adunque il primo sistema, quello che, ad onta delle obbiezioni onde è suscettivo, crediamo doversi anteporre, come il più unisono al vero intendimento del legislatore, consiste nel considerare tutti i figli naturali in massa e simultaneamente come legittimi; nel fare provvisoriamento la divisione eguale della eredità tra essi ed i figli legittimi; e nel prelevare poscia i due terzi su la parte fittizia attribuita, nella divisione provvisoria, a ciascuno dei figli naturali. Il terzo residuale forma la parte di ciascuno di essi; ed i due altri terzi provegnenti da tali prelevamenti accrescono esclusivamente la parte del figlio o dei figli legittimi. Laonde, dovendosi dividere una eredità di 27,000 franchi tra un figlio legittimo e due figli naturali, dovranno formarsi primieramente tre parti eguali, come se i tre figli fossero legittimi; per modo che ciascuno conseguirà 9000 fr. Prelevando i due terzi di tal somma su la parte dei figli naturali, ciascuno di essi conseguirà finalmente 3000 fr., ed il figlio legittimo ne conseguirà 21,000.

Altronde, nell'applicazione, tal sistema è semplicissimo. Basta multiplicare per *tre* ciascun figlio, sia legittimo, sia naturale, qualunque sia il numero degli uni e degli altri, senza distinguere se i legittimi sieno più numerosi dei naturali, o i naturali più numerosi dei legittimi, o se sieno, da ambe le parti, in numero eguale; e nel totale così ottenuto, la parte di ciascun figlio naturale consisterà in una unità (*ved. supra*, n. 59).

Come ben si ravvisa, tal sistema procede, nel caso in cui vi sieno più figli naturali, assolutamente nel modo stesso che nel caso in cui siavene un solo; esso applica l'art. 757 a tutti i figli naturali congiuntamente, nel tempo stesso e mercè una sola operazione; val dire considera che il legislatore ha compreso, in tutto questo capitolo, il caso in cui esistono più figli naturali del pari che quello in cui siavene un solo.

Di fatti tale è la base essenziale di questo sistema; e noi avvisiamo esser questa la vera base:

Primieramente conviene riflettere alla *rubrica* del capitolo IV: *De' dritti* DEI FIGLI NATURALI. L'art. 756 si esprime parimente in plurale: *i figli naturali*; e nella discussione su questo articolo Maleville, Cambacérès e Jollivet si sono sempre espressi così (confr. Fenet, t. XII, p. 29.)

Rispetto all'art. 757, addurremo un argomento dimostrante, a parer nostro, esso medesimo applicarsi a tali due ipotesi indistintamente:

È indubitato che nelle due disposizioni dell'art. 757, regolatrici del concorso del *figlio naturale*, sia con ascendenti o *fratelli* e *sorelle*, sia con altri parenti collaterali, il legislatore ha contemplato il caso in cui sienvi più figli naturali come quello in cui siavene un solo: ciò torna indubitato, noi diciamo; e la pruova ne discende dai lavori preparatorii del Consiglio di Stato. L'art. 55 del progetto adoperava pure la espressione *il figlio naturale* in singolare; e dopo avergli attribuito il quarto della eredità, quando non esistessero figli legittimi nè ascendenti, aggiugneva la spiegazione: « In questo ultimo caso *tutti i figli naturali, qualunque ne sia il numero*, possono conseguire congiuntamente soltanto il quarto dell'eredità. » (Fenet, t. II; p. 134).
È ben vero che le posteriori compilazioni han modificato la quantità del dritto, ma senza alcuna modificazione delle ipotesi in cui il dritto medesimo venisse conceduto al figlio naturale; epperò rimane dimostrato che i compilatori dell'artic. 757 hanno contemplato il caso in cui esistessero più figli naturali: quin-

di *i partigiani* opposti sono astretti a convenirne nelle due ultime ipotesi, che questo articolo ha per obbietto di regolare (*ved. infr.*, n. 73);

Or, se l'art. 757 prevede il concorso di più figli naturali nelle sue due ultime disposizioni, non è effettivamente possibile il pretendere non aver preveduto questo concorso nella prima, dappoichè, se lo intendimento del legislatore ha abbracciato le stesse ipotesi nelle tre combinazioni in cui determina successivamente, con questo unico articolo, i diritti del figlio naturale, troverebbe incomprensibile lo aver pensato ad un solo figlio naturale in una di tali combinazioni, e lo aver preveduto il concorso di più figli naturali soltanto nelle due altre, mentre queste tre combinazioni formano l'oggetto di una sola disposizione legislativa;

Dunque la espressione *figlio naturale*, nella prima parte dell'art. 757, debbe intendersi come se vi fossero *i figli naturali* (*ved.* pure art. 758); ed altronde è questa l'applicazione della regola ben costante d' interpetrazione doversi spesso applicare al plurale la espressione dal legislatore adoperata in singolare.

A cotestosistema si sono fatte tre principali obbiezioni, e gli si è apposto esser contrario: 1°. Al testo dell' artic. 757; 2°. alla ragione ed ai principii; 3°. finalmente all' equità.

È contrario, dicesi, al testo dell' art. 757; dappoichè, a norma di questo articolo, il *figlio* naturale debbe conseguire un terzo della porzione ereditaria, che avrebbe conseguita, *se fosse stato legittimo*: or, se fosse stato *legittimo*, avrebbe conseguito, trovandosi in concorso, per esempio, con un figlio legittimo ed un figlio naturale, una porzione ereditaria maggiore che se fosse concorso con due figli legittimi; dappoichè, se fosse stato legittimo, avrebbe conseguito il prelevamento dei due terzi su la parte del figlio naturale: dunque la sua parte di figlio natruale, dovrebbe essere altresì, in questo caso, proporzionatamente maggiore: dunque dee, in proporzione della parte sua, val dire nella proporzione legale del terzo, cavar profitto altresì *di* cotesto prelevamento.

Conseguentemento, dicesi pure, tal sistema offende la ragione ed i principii; avvegnachè non potrebbesi spiegare per principio, nè per ragione, come mai un figlio naturale, in concorso con un figlio legittimo ed un altro figlio naturale, non verrebbe meglio trattato che se si trovasse in concorso con due figli legittimi, per modo che un determinato numero di figli naturali, i quali conseguono moltó meno, diminuirebbe la parte ad essi spettante per quanto lo stesso numero di figli legittimi conseguono di più, ed avrebbesi riguardo al numero dei concorrenti, senza tener conto delle loro qualità non pertanto sì diverse!

Finalmente aggiugnesi che questo sistema è affatto iniquo; dappoichè fa decrescere, con una disastrosa rapidità, i diritti dei figli naturali, che esso sacrifica al di là di ogni proporzione allo interesse dei figli legittimi. Laonde un figlio naturale, il quale, se fosse stato solo, avrebbe conseguito contro un figlio legittimo il 1/6 della credità, conseguirà, se vi sieno due figli naturali, il 1/9; se ve ne sieno tre il 1/12; se ve ne sieno quattro il 1/15; e così proseguendo, con una progressione sempre crescente, a vantaggio dei figli legittimi, ed in detrimento dei figli naturali, la cui parte può trovarsi ridotta a *quasi mille*! (Confr. Gros, n. 33).

Noi crediamo potersi rispondere:

E primamente, circa la obbiezione consistente nel sostenere che, a norma dell' articolo 757, il figlio naturale dovrebbe conseguire, come se fosse stato legittimo, una porzione ne' prelevamenti fatti su la parte degli altri figli naturali, la obbiezione medesima suppone che i figli naturali debbonsi considerare come legittimi, a norma dell' art. 757 successivamente gli uni dopo gli altri: or, per contrario, abbiamo dimostrato che, in conformità dello stesso articolo, i figli naturali debbonsi tutti simultaneamente considerare come legittimi: dunque questa prima obbiezione è una petizione di principio, la quale trovasi già confutata.

E a dire lo stesso della seconda: avvegnachè se il medesimo art. 757 determina tal modo di procedere, esso pure da ultimo dispone che il figlio naturale, in concorso con altro figlio naturale ed il figlio legittimo, non consegua una parte maggiore che se concorresse con due figli legittimi; ed il legislatore effettivamente avrà potuto volere che le riduzioni praticate su la parte dei figli naturali, nello interesse dei figli legittimi, giovassero, in ultima analisi, a costoro.

Circa la terza ed ultima obbiezione, al certo è gravissima; e non intendiamo negare che il sistema da noi propugnato può produrre risultamenti sempre più nocevoli ai figli na-

turali, a misura dello accrescimento del loro numero. Ma competerebbe al legislatore il modificare tali risultamenti, modificando il proprio lavoro.

Aggiugniamo che il sistema da noi propugnato, essendo quello fermato dal legislatore, ha inoltre su tutti gli altri un duplice vantaggio: 1° offre somma semplicità di calcolo in pratica; e forse si è mostrato, in tal congiuntura, troppo disprezzo per la *pratica*! (confr. Gros. n. 32); dappoichè la legislazione apparentemente viene emanata per praticarsi; e non è mediocre vantaggio per un sistema il non apportare negli affari troppo gravi complicazioni di cifre o veri problemi algebrici; 2° ovvia alle contraddizioni ed alle inconseguenze, cui tutti gli altri sistemi soggiacciono quando, per esempio, trovansi astretti, come ravviseremo, di attribuire ai figli naturali, contro figli legittimi, più della metà della eredità, val dire una parte maggiore di quella che i figli naturali potrebbero conseguire contro ascendenti o fratelli o sorelle (*infra*, n. 68; confr. arresto C. cass. 26 giugno 1809, Picot, Sirey, 1809, I, 337, 28 giugno 1831, Gabriel, D. 1831, 1, 217, Merlin, *Quist. di dir.*, v. *Riserva*, § 1 e 2; Delvincourt, t. II, p. 21, nota 5, Toullier e Duvergier, t. II, n. 234, 236, 248, Duranton, t. VI, n. 275-278, Demante, t. III, n. 75 *bis*, IV e V, Ducaurroy Bonnier e Roustaing, t. II, n. 511-513, Marcadé, art. 757, n. 3, Chabot, art. 757. n. 3, Malpel, n. 161, Taulier, t. III, p. 173; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 208; Massé e Vergé, t. II, p. 262).

68. — Dobbiamo ora esporre i principii desunti da parecchi altri sistemi proposti, senza che alcuno di essi sia passato nel dominio dei fatti; e noi crediamo poter aggiugnere, senza che alcuno di essi abbia probabilità grave di passarvi, fino a quando lo stesso legislatore non gliene schiuderà l'accesso.

Evvene primamente uno il quale insegna che i figli naturali debbonsi considerare come legittimi, non simultaneamente ad una volta per sempre, ma per contrario successivamente, e gli uni dopo gli altri. Altronde tal sistema non pretende che l'art. 757 non abbia preveduto il caso di concorso di più figli naturali; ma sostiene che, per applicare l'articolo medesimo, in conformità dei principii, della equità, e quindi altresì del verosimile intendimento del legislatore, debbasi osservare il metodo da esso additato.

Suo scopo si è procedere in guisa che la parte di ciascuno dei figli naturali venga aumentata nella proporzione legale del terzo, come la parte di ciascuno dei figli legittimi, dei prelevamenti fatti su la parte degli altri figli naturali.

Ma è agevole scorgere la obbiezione, o piuttosto la difficoltà di esecuzione, cui va dapprima incontro.

Di fatti come mai conoscere *a priori* tal parte aumentata dei prelevamenti da fare su la parte degli altri figli naturali, e di cui ciascun di essi dovrà conseguire il terzo?

All' uopo è evidente che converrebbe dapprima conoscere il *quantum* dei prelevamenti da fare su la parte dei figli naturali, ad obbietto di aumentare dappoi proporzionatamente la parte di ciascuno di essi;

Or questo medesimo *quantum* potrà conoscersi sol quando si conoscerà in che consistesse la parte di ciascuno di essi accresciuta dei prelevamenti fatti su gli altri;

Dunque sembra rinvenirsi qui, come insegna Demante, un circolo vizioso (t. III, n. 75 *bis*, IV).

Il problema consiste nel conoscere qual parte si attribuirà nelle divisioni provvisorie secondo questo sistema in cui i figli naturali vengono supposti momentaneamente legittimi gli uni dopo gli altri, agli altri figli naturali non supposti legittimi.

Due metodi si sono suggeriti; e siccome ciascuno di essi produce risultamenti assai diversi, così il vero si è che constituiscono, ad onta della comunanza del loro punto di partenza, due distinti sistemi;

Il primo attinge nel precedente sistema il suo modo di procedere; e ad obbietto di determinare le parti provvisorie dei figli naturali (meno uno), che si dovranno prelevare su tutta la eredità per dividerla trai figli legittimi ed il figlio naturale supposto solo legittimo, li suppone tutti dapprima momentaneamente legittimi; deduce poscia le parti che debbono conseguire i figli naturali, meno uno; e la massa rimasta viene divisa tra il figlio o i figli legittimi, ed il figlio naturale supposto legittimo, cui si attribuisce il terzo della parte a lui spettante in questa divisione. E la stessa operazione viene successivamente rinnovellata da ciascuno dei figli naturali (confr. Gros, n. 37; Duranton, t. VI, n. 278).

Per contrario il secondo sistema, più fido al suo principio, assimiglia successivamente gli uni dopo gli altri, i figli naturali ai figli

legittimi. Ciascun figlio naturale viene, alla volta sua, supposto solo legittimo, per concorrere coi figli legittimi e con gli altri figli naturali considerati come tali rispetto a lui; per modo che con le sue successivi trasformazioni mena a tante particolari liquidazioni quanti sono i figli naturali. Tal secondo sistema è stato se non proposto, almeno adottato e difeso dal giureconsulto tedesco Unterholzner (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV. p. 208-209; Gros, n. 38-39).

Senza fermarci alle particolari obbiezioni onde ciascuna di tali teorie sarebbe suscettiva, faremo loro una obbiezione ad esse comune, e la quale basta per annientarle entrambe ad un tratto.

Del resto è da riflettere che tale obbiezione va diretta, come si osserverà, a tutti i sistemi dissidenti; ed essa effettivamente formerà sempre il loro scoglio (*infra*, n. 69 e 70).

Ebbene! dunque potrebbe emergere dai due precedenti sistemi, che i figli naturali conseguirebbero avverso i figli legittimi più della metà della eredità, val dire una porzione maggiore di quella cui i figli naturali, qualunque fosse il loro numero, potrebbero mai aver diritto avverso un fratello o un ascendente (art. 757). Or tal risultamento è ad evidenza impossibile! E noi il ripetiamo, ogni teorica che lo racchinda trovasi per tal circostanza riprovata (confr. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 275).

69. — Vengono ora in campo altri sistemi, il punto di partenza è diverso.

Questi prendono per base la proposizione che l'art. 757 ha preveduto la ipotesi di un solo figlio naturale con uno o più figli legittimi; e sostengono che la ipotesi di più figli naturali non essendosi preveduta dal legislatore, si appartiene alla dottrina regolarla secondo le analogie desunte dalla sola ipotesi preveduta, secondo i principii della giustizia distributiva e della equità.

Ma ancora su questo novello campo manifestansi le divergenze trai propugnatori di tal dottrina.

Alcuni ragionano così:

A norma dell'art. 757, il figlio naturale consegue il terzo di una porzione ereditaria di figlio legittimo; ovvero, in altri termini, un figlio naturale vale il terzo di un figlio legittimo.

Dalla qual cosa è da inferire, dicesi, che due figli naturali valgono i due terzi di un figlio legittimo, che tre figli naturali valgono un figlio legittimo; e così proseguendo, attribuendo sempre a tre figli naturali una parto di figlio legittimo, e procedendo per frazione del numero tre, quando non si rinvenisse questo numero multiplo.

Come ben si ravvisa, in questo sistema, tre figli naturali conseguirebbero, contro un solo figlio legittimo, la metà della eredità; e se vi fossero sei figli naturali, conseguirebbero i due terzi della eredità contro il figlio legittimo, il quale troverebbesi ridotto al terzo (confr. *Temi*, t. VII, p. 274; Blondeau, *Della separaz. dei patrim.*, p. 528, nota 2).

Ma, come testè affermammo (*supra*, n. 67), cotesto risultamento torna impossibile.

Aggiugniamo che la base del sistema medesimo è altronde essenzialmento viziosa; dappoichè l'art. 757 attribuisce al figlio naturale non un terzo della porzione ereditaria di un figlio legittimo, *ma un terzo della porzione ereditaria che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo*; la qual cosa è assai diversa (*supra*, n. 60).

70. — Finalmente in questi ultimi tempi, si è messo in campo un novello sistema, oltremodo ingegnoso, ed il quale molto onora il nostro collega del foro di Lione, Gros, cui appartiene.

Tal sistema *di ripartizione*, come viene dallo stesso autore denominato (n. 21), comincia pure dal fermare in fatto, che l'articolo 757 ha preveduto la ipotesi di un solo figlio naturale; ed egli ne inferisce che per via di analogia debbesi regolare la ipotesi in cui ve ne sieno più.

Conseguentemente tal sistema ferma primieramente la proporzione, il rapporto esistente, a norma dell'artic. 757, fra la parte di un solo figlio naturale e la parte di uno o più figli legittimi;

E si fa poscia a mantenere invariabilmente la stessa proporzione, lo stesso rapporto, fra la parte di ciascuno dei figli naturali e la parte del figlio o dei figli legittimi.

Quindi suppongasi un solo figlio legittimo concorrere con più figli naturali. È uopo primamente determinare quale sarebbe stato, in questo caso, a norma dell'artic. 757, il rapporto fra la parte di un figlio legittimo e la parte di un solo figlio naturale. Or un figlio naturale in concorso con un figlio legittimo consegue il terzo della metà o 1/6; dunque il figlio legittimo consegue, in tal caso, cinque volte più del figlio naturale; ed il rapporto è di 5 ad 1. Ebbene! il sistema di Gros

conserva sempre questo rapporto, sia qualunque il numero dei figli naturali quando siasi un solo figlio legittimo. Conseguentemente, se vi sieno due figli naturali, verrà divisa la eredità in settimi; il figlio legittimo conseguirà 5/7 mi, e ciascun figlio naturale 1/7; se vi sieno tre figli natural i, si farà la divisione per ottavi; il figlio legittimo conseguirà 5/8, e ciascun figlio naturale 1/8; se vi sieno quattro figli naturali, si farà la divisione per noni; il figlio legittimo conseguirà 5/9, e ciascun figlio naturale 1/9; e così proseguendo, per modo che la parte di ciascun figlio naturale sopravvegnente sia sempre, come quella degli altri figli naturali, nè più nè meno nel rapporto di 1 a 5 con la parte del figlio legittimo.

Suppongasi ora il caso in cui più figli legittimi concorrano con più figli naturali. Il metodo è lo stesso; ed è uopo assodare primamente il rapporto che vi sarebbe stato, a norma dell'art. 757, fra la parte di un solo figlio naturale e la parte del numero prefisso di figli legittimi. Se vi sieno due figli legittimi, per esempio, un solo figlio naturale avrebbe conseguito, a norma dell'artic. 757, il terzo del terzo, val dire 1/9, ed i due figli legittimi 8/9; dunque i figli legittimi conseguono allora otto volte più del figlio naturale, ed il rapporto fra la parte di ciascuno di essi e la parte del figlio naturale è di 4 ad 1. Ebbene! converrà mantenere questo rapporto, sia qualunque il numero dei figli naturali. Conseguentemente, se due figli naturali concorrano con due figli legittimi, si dividerà la eredità in decimi; i due figli legittimi conseguiranno 8/10 mi, ed i due figli naturali 2/10 mi; se vi sieno tre figli naturali, si dividerà la eredità in undecimi; i due figli legittimi conseguiranno 8/11 mi, ed i tre figli naturali 3/11 mi; se vi siano quattro figli naturali, si dividerà la eredità in dodicesimi; i due figli legittimi conseguiranno 8/12 mi, ed i quattro figli naturali 4/12 mi; e così proseguendo, per modo che la parte di ciascun figlio naturale sopravvegnente sia sempre, come la parte degli altri figli naturali, nello stesso rapporto con la parte dei figli legittimi.

Se vi sieno tre figli legittimi, la parte di un solo figlio naturale sarebbe stata, a norma dell'art. 757, del terzo del quarto, val dire di 1/12; dunque i figli legittimi, in tal caso, conseguono undici volte più del figlio naturale; conseguentemente, se vi sieno due figli naturali, si dividerà la eredità in tredicesimi; i tre figli legittimi conseguiranno 11/13, e ciascuno dei figli naturali conseguirà 1/13; e così proseguendo.

Tal è il sistema di ripartizione; ed è forza convenire poter venire corroborato con più argomenti gravissimi:

1° Puossi primieramente sostenere esser logico; avvegnachè il legislatore avendo stabilito un determinato rapporto tra la parte di un figlio naturale unico la parte dei figli legittimi, la logica sembra effettivamente richiedere che si conservi questo rapporto, sia qualunque il numero dei figli naturali, quando il numero dei figli legittimi rimanga lo stesso; dappoichè non potrebbesi escogitare alcun motivo per adottarne altro.

2° Questo sistema sembra pure unisono ai principii generali del diritto. Quando più persone vengano chiamate congiuntamente a dividere, in varie proporzioni, una massa insufficiente a soddisfarle tutte integralmente, il principio generale si è effettivamente che i diritti di ciascun di esse debbano soggiacere avuto riguardo al loro numero, a riduzioni proporzionali, quando non siavi altronde alcuna causa di preferenza per l'uno o per l'altra (Confr. l. XLVII, § 1, l. LXXXI, *princ.*, ff. *de hæred. inst.*; l. XIII, *princ.* ff. *de liberis et posth.* art. 2092-2093 C. Nap.—1962-1963; 656 e seg. C. pr.—740; 565 e seg. C. com.—558).

Or precisamente questa è la situazione che offre la tesi in esame. Per esempio la eredità dovevasi dividere tra un figlio legittimo ed un figlio naturale; dunque il figlio legittimo doveva conseguire 5/6 ed il figlio naturale 1/6.

Sopraggiugne un secondo figlio naturale: ad evidenza ha tanti diritti quanti ne ha il primo; e nel tempo stesso non evvi ragione di prendere la parte sua piuttosto su quella del figlio legittimo che su quella dell'altro figlio naturale. Che cosa ciò vuol mai dinotare, se non che tal parte debbasi prendere sopra ambedue, facendo soggiacere ciascuna di esse ad una proporzionale riduzione, senza mutare il rapporto esistente tra esse; val dire che la diminuzione, la quale ne risulta nella massa, debbasi *ripartire* proporzionatamente su gli aventi diritto, e di qui è sorta la denominazione di *sistema di ripartizione*.

Altronde tal modo di procedere è sommamente equo; avvegnachè si è osservato a quali ingiustizie conduce il sistema, il quale prende *egualmente* la parte del novello figlio naturale su quella del figlio legittimo e su

quella dell' altro figlio naturale: ad onta della *ineguaglianza* delle parti di ciascuno di essi.

3° Finalmente puossi osservare ancora che tal sistema è commendevole per nna semplicità somma di computi e di esecuzione. Sia qualunque il nnmero dei figli, tanto legittimi quanto naturali, basta effettivamente per conoscere la parte di ciascuno di essi, triplicare il numero dei figli legittimi, ed aggiugnervi quello dei figli naturali e di essi. È questo lo stesso modo di procedere, e tanto semplice quanto quello sancito dal Codice di Haiti (*supra* n. 63; confr. Gros, *dei Dir. succes. dei figli nat.*, n. 18 e seg).

Per quanto ingegnoso possa sembrare cotesto sistema, non crediamo doversi seguitare:

1° Gli faremo primamente la obbiezione che già facemmo agli altri, cioè, che potrebbe emergerne che i figli naturali conseguirebbero, in concorso con figli legittimi, più della metà ed eziandio più dei tre quarti della eredità, val dire più di ciò che potrebbero avere in concorso con ascendenti, fratelli o sorelle, ed altri collaterali più remoti! Or tale obbiezione è, a parer nostro, decisiva (*supra* n. 68); e non basta, per isfuggirla, rispondere che essa colpirà il sistema di ripartizione in casi rarissimi (Gros, n. 34). Cotesto sistema trovasi, a creder nostro, riprovato, per la stessa ragione che inevitabilmente racchiude tal conseguenza.

2° Avrebbe esso avuto un solo mezzo di respingere la nostra obbiezione: sarebbe stato uopo sostenere che l' art. 757 ha parimente preveduto la ipotesi di un solo figlio naturale nelle due ultime combinazioni, in cui gli attribuisce la metà contro gli ascendenti o i fratelli o sorelle, ed i tre quarti contro gli altri collaterali: sarebbe stato uopo sostenere che un novello figlio natnrale dovrebbe altresì, in questo caso, prendere la sua parte proporzionatamente su quella del figlio naturale e su quella degli eredi; che quindi, per esempio, un solo figlio naturale conseguendo la metà, val dire una parte eguale contro un fratello, un secondo figlio naturale dovrebbe conseguire pure una parte eguale a quella del fratello: dalle quali cose sarebbe emerso, in tale ipotesi, la divisione in terzi della eredità tra il fratello ed i due figli naturali. Ecco ciò che sarebbe stato mestieri affermare nel sistema di ripartizione, per esser logico e conseguente in tutta la estensione del termine. Ma ciò non si è affermato! e lo stesso Gros conviene che nelle due ultime combinazioni dell' articolo 757, tutti i figli naturali in massa, sia qualunque il loro numero, non hanno mai diritto se non alla metà o ai tre quarti (n. 34, 48 e seg). Se ne conviene, noi diciamo; e sarebbe effettivamente malagevole non convenirne! Ma tal concessione diviene un argomento notabilissimo contro l' intero sistema; dappoichè non si potrà mai far ammettere che l' art. 757, il quale forma una sola frase, abbia preveduto l' ipotesi di un solo figlio naturale nella sua prima parte, mentre avrebbe preveduto l' ipotesi di più figli naturali nelle due altre (*supra*, n. 67).

3° Si esclama contro la inconseguenza e la ingiustizia degli altri sistemi, e particolarmente del *sistema della pratica*, i quali fanno variare il rapporto fra la parte del figlio naturale e la parte del figlio legittimo, a misura che aumenta il numero dei figli naturali. Ma forse dunque tal rapporto non varia eziandio a misura che aumenta il numero dei figli legittimi? *È questa una inconseguenza della legge*! dicesi (Gros, n, 23). Finalmente; ma noi crediamo che la legge ha sancito la duplice inconseguenza, e che, in conformità di essa, il rapporto fra la parte del figlio naturale e la parte del figlio legittimo, è variabile effettivamente per due cause, sia per lo aumento del numero dei figli legittimi, sia per l' aumento del numero dei figli naturali.

74. — Porremo termine alla disamina di questo subbietto con un' ultima osservazione.

Nessuno dei sistemi divergenti da noi esposti (*supra*, n. 68-70) discende, a primo aspetto, naturalmente, dal testo dell' art. 757: Delvincourt ha potuto dire, forse alquanto famigliarmente, ma con sommo fondamento, *essere stato necessario perdere il cervello* per iscoprirli! (t. II, p. 21, nota 5); ed il vero si è che richieggono, comunque in gradi diversi, nna gravissima contenzione di mente per comprenderne il coordinamento e le applicazioni.

Or ciò è pure un impellente motivo per credere che nessuno di tali sistemi è quello consentito dal legislatore, e per attenersi al sistema generalmente seguitato (*supra*, numero 67).

N°. II e III.

Del caso in cui il padre o la madre del figlio naturale abbia lasciato ascendenti o fratelli e sorelle, e di quello in cui non abbia lasciato ascendenti, nè fratelli nè sorelle.

SOMMARIO.

72 — Esposizione.
73. — L'articolo 757 fa la divisione, in certa guisa, in massa, della eredità fra il figlio o i figli naturali, e gli ascendenti, i fratelli o sorelle, o gli altri parenti del defunto, sia qualunque il numero degli uni e degli altri.
74. — *Quid*, se l' autore del figlio naturale abbia lasciato fratelli o sorelle, e nipoti nati da fratelli o sorelle premorti?
75. — *Quid*, se per effetto della premorienza; della rinunzia, o della indegnità de' fratelli o sorelle del *de cujus*, i nipoti succedano tutti, sia per rappresentazione, sia di proprio diritto?
76. — *Quid*, se il padre o la madre del figlio naturale abbia lasciato uno o più ascendenti in una linea, o nell'altra linea collaterali diversi da' fratelli o sorelle (o discendenti da essi)? — *Quid*, se vi sieno ascendenti solo in una linea, e se non siavi alcun parente in grado di succedere nella altra linea?
77. — In qual modo si dividono, fra i figli naturali, la metà o i tre quarti loro attribuiti?
78. — In qual modo si divide, tra' parenti legittimi, l'altra metà o il quarto?
79. — Continuazione. — *Quid*, se l'autore del figlio naturale abbia lasciato il padre o la madre e fratelli o sorelle?

72. Riuniamo le due ultime ipotesi prevedute con l' art. 757 — 674 ; dappoichè non potrebbero formare l' obbietto di due distinte spiegazioni, essendo gli stessi principii, quasi pienamente, applicabili ad entrambe.

Il dritto del figlio naturale, a norma di detto articolo, è della metà, quando i genitori non lascino discendenti, ma ascendenti o fratelli o sorelle; è di tre quarti, quando i genitori non lascino discendenti, nè ascendenti, nè fratelli nè sorelle.

Lo intendimento del legislatore è ancor qui lo attribuire al figlio naturale una porzione di ciò che avrebbe conseguito, se fosse stato legittimo. Se non che, siccome avrebbe conseguito, se fosse stato legittimo, la totalità della eredità, rimpetto a tutti gli ascendenti ed a tutti i collaterali, di fatti precisamente su la totalità si computa allora la porzione attribuitagli con l'art. 757; mentre che, nella prima ipotesi, siccome avrebbe conseguito, riguardo ai discendenti legittimi, una porzione della eredità, così gli viene attribuita una porzione della porzione medesima (*infra*, n. 100).

73. Ma, sotto altro rapporto, esiste notevole diversità fra la prima ipotesi preveduta con l' art. 757 e le due ultime ipotesi.

Mentre che effettivamente, nella prima, il numero più o meno considerevole dei figli legittimi esercita grave influenza su la quantità del dritto del figlio naturale, per contrario il numero degli ascendenti o dei collaterali, nelle due ultime ipotesi, non debbesi in verun modo considerare all' obbietto.

Altronde la legge stabilisce una specie di comunanza fra la parentela naturale e la parentela legittima essa divide, *ripartisce*, per così dire, la eredità quasi nello stesso modo che l'artic. 733 *ripartisce* e divide la eredità legittima fra i parenti paterni ed i parenti materni.

E la parte che essa attribuisce, sia alla prole naturale, sia alla famiglia legittima, compete esclusivamente, da ciascun lato, a colui o coloro, siano qualunque il numero, i quali raccolgono la eredità, sia regolare, sia irregolare la successione.

Dunque come la metà o il quarto vengono invariabilmente ed esclusivamente attribuiti alla famiglia, per modo che, per esempio, se il defunto avesse lasciato un fratello unico, germano, consanguineo o uterino, poco monta, il fratello medesimo conseguirebbe, per lui solo, la metà, anche quando vi fossero più figli naturali; e se il defunto avesse lasciato tre o quattro fratelli e sorelle o più, i suoi fratelli o sorelle conseguirebbero, per tutti, questa metà, anche quando vi fosse un solo figlio naturale;

Così del pari la metà o i tre quarti attribuiti alla prole naturale, vengono attribuiti invariabilmente ed esclusivamente, sia all' unico figlio naturale del *de cujus*, ancorchè avesse lasciato multiplici ascendenti o collaterali, sia a tutti i suoi figli naturali, sia qualunque il loro numero, anche quando avesse lasciato un solo ascendente o un solo collaterale.

È ben vero che l'art. 757 parla *degli ascendenti* o *dei fratelli o sorelle* in plurale, ma è manifesto che da ciò non puossi desumere veruna obbiezione avverso lo essenziale pensiero da cui prende le mosse quello articolo; avvegnachè è indubitato, in conformità dello stesso articolo, che il figlio naturale consegue i tre quarti, quando non vi sieno ascendenti, nè fratelli, nè sorelle, ancorchè vi fosse un solo parente collaterale; e quindi ad evidenza debbe conseguir pure la metà, comunque esistesse un solo ascendente, o un fratello o una sorella unica (confr. decis. C. di Bordò

5 maggio 1836, Boisdon, il *Dritto* del 22 ottobre 1856.)

Laonde abbiamo osservato che gli stessi propugnatori del sistema di ripartizione ammettono non esservi luogo, in tali due ipotesi, a modificare la quantità del dritto in ragione del numero dei figli naturali (*supra*, n. 70).

Tal modo di distribuzione della eredità può produrre indubitatamente gravi ineguaglianze: si potrà vedere, per esempio, la metà della eredità attribuita ad un fratello unico del defunto, in concorso con sei figli naturali: ovvero ad un solo figlio naturale, in concorso con sei fratelli del defunto!

Ma tornava malagevole discendere a combinazioni troppo multiplicate; e ciò dimostra sempre più doversi prendere un partito circa le ineguaglianze e le sproporzioni, spesso derivanti dagli articoli del codice nella subbietta materia.

74. — Quando l'autore del figlio naturale abbia lasciato fratelli o sorelle e nipoti nati da fratelli o sorelle premorti, tutti convengono che i nipoti anti conseguono, per rappresentazione, in concorso coi loro zii o zie, la loro parte della metà spettante alla famiglia (art. 742—663). Di fatti è manifesto che la porzione spettante alla famiglia legittima può ripartirsi frai parenti, gli uni rispetto agli altri, a norma delle regole riguardanti la successione legittima (*infra*, n. 78).

75. — Ma che mai statuire, quando per effetto della premorienza, della rinunzia o della indegnità dei fratelli o sorelle del *de cujus*, i suoi nipoti succedano tutti, sia per rappresentazione, sia di proprio dritto?

Allora qual mai debbe essere la parte del figlio o dei figli naturali, quando trovansi così direttamente in concorso coi nipoli medesimi?

Forse la metà o i tre quarti?

Poche quistioni sono state più controverse di questa: e di raro pure sonosi forse ravvisati convincimenti più fermi ed assoluti di quelli che animano del pari, in ciascuno dei campi, i propugnatori delle due opposte soluzioni, che qui si agitano.

Per esempio, ascoltate coloro i quali insegnano che i nipoti, in concorso col figlio naturale, han dritto alla metà: *Questa proposizione ci pare siffattamente evidente*, afferma Toullier, *che ci eravamo dapprima limitati a citarla in nota* (t. II, n. 251). *Siccome tal sistema*, scrive alla volta sua Chabot, *non mi era sembrato suscettivo di grave difficoltà, così aveva detto qualche semplice parola per formarlo* (art. 757, n. 9). — Marcadé finalmente esclama: *questa non è quistione!* (articolo 757, n. 153).

E poscia, nel tempo stesso, coloro i quali sostengono per contrario che i nipoti debbano conseguire il quarto, proclamano che *l'ultimo paragafo dell'art. 757 non lascia dubbio su tale obbietto, e che reca meraviglia l'essersi potuto muovere gravi dubbiezze ad onta del tenore positivo di quello* (Troplong, *delle Donaz. e dei test.*, t. II, num. 776). — *Ciò ci pare indubitato*, aggiungono eziandio Massé e Vergé (sopra Zachariae, tom. II, p. 275).

Si osserverà che di fatti questa ultima interpetrazione è quella che la Corte di cassazione ha fatto costantemente trionfare.

Da parte nostra, rendiamo a ciascuno di tali due sistemi più giustizia che non se ne rendono essi medesimi reciprocamente; dappoichè crediamo che la difficoltà qui sorta sia, a dir vero, considerevole e delicata.

Per sostenere che il figlio naturale in concorso coi nipoti debba ottenere i tre quarti della eredità, puossi ragionare così:

1°. Primieramente, dicesi, il testo della legge è positivo! A norma dell'art. 757, il dritto del figlio naturale è di metà, quando i genitori non lascino discendenti, *ma ascendenti o fratelli o sorelle*, è di tre quarti, quando i genitori non lascino discendenti, *nè ascendenti, nè fratelli nè sorelle*; l'articolo non aggiugne *nipoti*. Il pensiero della legge non è rivolto qui ai *discendenti*, come nella prima parte dell'articolo, in cui ha in mira i *discendenti* legittimi.

Or, si suppone che il padre o la madre non abbia lasciato *ascendenti*, *nè fratelli*, *nè sorelle*, ma soltanto *nipoti*;

Dunque, a norma del testo dell'art. 757, il dritto del figlio naturale è di tre quarti; dunque gli si potrebbe attribuire la sola metà, senza violare manifestamente il testo medesimo della legge!

2°. E questo testo è, dicesi, unisono al pensiero che ha inspirato l'art. 757. I dritti del figlio naturale si aumentano o diminuiscono, avuto riguardo al grado di parentela di coloro con cui concorre; dappoichè la offesa che ne emerge per la dignità almeno e pei dritti della famiglia, è sembrata men grave, a misura che i gradi di consanguinità divengono rimoti: or il legislatore ha potuto

considerare che i nipoti, essendo in grado più rimoto dei fratelli o sorelle, dovevano non essere trattati nello stesso modo riguardo al figlio naturale.

3° Obbiettasi, è vero, da un lato, che i nipoti succedono per rappresentazione dei fratelli o sorelle (art. 742—663); e d'altro lato, più generalmente, che i discendenti da fratelli o sorelle hanno sempre a prescindere anche dal benefizio della rappresentazione, gli stessi diritti ereditari dei fratelli o sorelle (art. 748, 749, 750—671, 672).

Ma questo duplice principio, il quale è incontrastabile nelle successioni regolari, quando trattisi di determinare i diritti degli eredi legittimi gli uni riguardo agli altri, è forse parimente ben fondato nelle successioni irregolari, quando trattisi di determinare i diritti degli eredi legittimi rispetto al figlio naturale? è questa precisamente la quistione; epperò, dicesi, nulla si prova invocando questi due principii; dappoichè appunto questi principii han ricevuto una limitazione o piuttosto una eccezione nell' art. 757, quando trattisi del determinamento dei diritti del figlio naturale rispetto ai nipoti del suo autore.

Il Codice ha trattato, in due capitoli diversi, delle successioni regolari e delle successioni irregolari; e torna impossibile trasferire dall' uno nell' altro le disposizioni di questi due capitoli distinti;

Or precisamente nel capitolo III delle successioni regolari il Codice ammette i nipoti al benefizio della rappresentazione, e più generalmente attribuisce loro gli stessi diritti ereditari che ai fratelli o sorelle (art. 742 e 750—663 e 672): questa duplice disposizione non è stata riprodotta nel capitolo IV delle successioni irregolari;

Dunque i nipoti, in queste specie di successioni, non potrebbero invocarla: dunque l'art. 757 è la sola regola di questa successione, determinando i diritti del figlio naturale rispetto alla famiglia legittima.

4° E da ultimo, circa l' argomento desunto in senso opposto, dai lavori preparatorii del Consiglio di Stato, la tesi che esponiamo, vi risponde che, malgrado l' autorità attribuita ai lavori medesimi, non potrebbe mai prevalere ad un testo tanto positivo e preciso quanto quello dell' art. 757 (Confr. decis. C. di Riom 29 luglio 1809, Grozelier, Sirey, 1810 II, 266; di Parigi 16 giugno 1812, Pigeau, Sirey, 1812, II, 407; arresto C. cass. 6 apr. 1813, Pigeaux, Sirey, 1813, I, 61; decis. C. di Rouen 17 marzo 1813, Boullanger, Sirey, 1813, II, 230; di Agen 16 aprile 1822, David, Sirey, 1823, II, 65; arresto C. cass. 20 febbrajo 1823, Duplessis, Sirey, 1825, I, 166; decis. C. di Agen 16 giugno 1823, Lille, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, 7, 11, 229; arresto C. cass. 28 marzo 1833, Moreau, D., 1833, I, 167; decis. C. di Rouen 14 luglio 1840, Danger, Dev. 1840, II, 524; di Tolosa 29 apr. 1845, Rollindes, Dev., 1846, II, 50, arresto C. cass. 31 agosto 1847, stesse parti, Dev., 1847, I, 785; decis. C. di Parigi 20 aprile 1853, Morel, Dev., 1853, II, 348; Grenier, *delle Donaz. e dei test.*, tom. II, n. 668; Favard, v. *Succes.*, sez. IV, § 1, n. 7; Dev. e Carr., *Collez. nuova*, IV, I, 321, opinione motivata di un membro della Corte di cassazione, nella deliberazione che precedette il su riferito arresto del 1813; Richefort, t, III, p. 376; Malpel. n. 159; Belost-Jolimont sopra Chabot, t. I, p. 350; Vazeille, art. 757; Cadrès, *dei figli nat.*, n. 193-194; Loiseau, p. 108; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 275 Taulier; t. III, p. 175; Troplong, *delle Donaz. e dei testam.*, tom. II, n. 776.)

È vero che lo stesso senso letterale della legge favorisce il precedente sistema; e non vogliamo negare che un argomento così fondato sul testo di legge sia sempre di alta importanza.

Ma nulladimeno non è del pari incontrastabile doversi esclusivamente attenere al senso letterale del testo, quando la soluzione che ne emerga sia contraria al vero intendimento del legislatore; quando offenda i principii generali del dritto; quando finalmente meni a contraddizioni manifeste ed effettivamente inammissibili!

Or precisamente è possibile, a parer nostro, dimostrare che questi tre ordini di argomenti militano, nel modo più efficace, avverso la dottrina per noi esposta:

1°. Primieramente affermiamo che con attenersi giudaicamente, come praticasi, al senso letterale dell'articolo 757 si disconosca al certo il vero intendimento del legislatore.

L' articolo 43 del progetto del Codice, il quale determinava il dritto del figlio naturale, trovavasi primieramente così concepito:

« . . . È della metà, quando i genitori non « lascino discendenti, ma ascendenti; è di

» tre quarti, quando i genitori non lascino « discendenti nè ascendenti. » (Fenet, t. XII, p. 27.)

Ben si ravvisa che, in conformità di questa prima redazione, il dritto del figlio naturale, il quale era di metà controgli ascendenti, era dei tre quarti avverso tutti i collaterali, compresivi eziandio i fratelli o sorelle.

Ma Maleville fece osservare che«i tre quarti della porzione ereditaria eran troppo pe'figli naturali, quando concorrano fratelli o sorelle del defunto; *che altronde l'articolo non concordava con la disposizione la quale regola il concorso nelle eredità, tra gli ascendenti ed i fratelli.* »

Tale osservazione era perfettamente fondata; dappoichè *nelle eredità*, i fratelli o le sorelle sono stati anteposti agli avi ed alle avole (art. 750 — 672); e quindi vi sarebbe stata manifesta contraddizione in preferire poscia gli avi e le avole ai fratelli e sorelle!

Laonde il console Cambacérès propose attribuire ai figli naturali la metà, quando vi sieno fratelli o sorelle del defunto.

E l'articolo venne adottato con l'emenda del console (Fenet, t. XII, p. 29.)

Quindi la primitiva compilazione venne modificata, affinchè l'art. 757, il quale determina i dritti dei parenti legittimi riguardo al figlio naturale, concordasse con le regole stabilite nel capitolo precedente su la chiamata gerarchia delle varie classi di parenti legittimi;

Or tal concordanza non sussisterebbe, se i nipoti non conseguissero altresì, come i fratelli o sorelle, la metà rispetto al figlio naturale; avvegnachè i nipoti, come i fratelli o sorelle, vengono preferiti, *nelle eredità*, agli avi ed alle avole;

Dunque manifesto intendimento del legislatore è stato il porli di fatti allo stesso livello; avvegnachè, diversamente, il suo lavoro avrebbe sempre offerto la contraddizione, che egli per contrario voleva farne sparire.

Di fatti l'art. 757 ad evidenza si riferisce alla distinzione degli ordini di successione e delle varie classi di eredi: or sarebbe cosa inaudita che il legislatore, nella progressione onde stabiliva i dritti del figlio naturale, avuto riguardo alle diverse categorie degli eredi legittimi, gli avesse attribuito la sola metà contro gli avi e le avole, i quali appartengono alla terza classe, e per contrario gli avesse attribuito i tre quarti avverso i nipoti, i quali appartengono alla seconda classe! (*ved.* il nostro tom. I, numero 361).

Quindi Treilhard, esponendo i motivi della legge al Corpo legislativo, dichiarò che « i dritti dei figli naturali, più estesi, quando il padre loro lascia collaterali, erano più limitati, quando lascia figli legittimi dei fratelli o *discendenti* (Fenet, *lavori preparatorii*, pagina 150.)

E Malevillo, uno degli autori dell'art. 757, colui medesimo il quale dimandò il mutamento della primitiva compilazione del progetto, dichiara pure « che sarebbe assurdo supporre che la legge avesse voluto negare ai discendenti dei fratelli o sorelle ciò che attribuisce agli ascendenti, esclusi dai discendenti medesimi nelle altre successioni. »

2°. Ma finalmente, dicesi, l'art. 757 non ha soggiunto *i discendenti di fratelli o sorelle dopo dei fratelli* o *sorelle.*

È mestieri primieramente convenire che il suo silenzio non è stato al certo inspirato da uno spirito di esclusione contro di essi. Soggiugniamo che il legislatore non abbisognava di assimigliarli positivamente ai fratelli o sorelle, e che bastava, per sussistere tale assimilazione, che non venisse esclusa.

Di fatti è principio generale, materia di successione, che i discendenti di fratelli o sorelle, hanno pienamente, in questa sola qualità di discendenti di fratelli o sorelle, gli stessi dritti ereditarii dei fratelli o sorelle medesimi (*ved.* il nostro t. I, n. 452); e cotesto principio è cotanto certo, cotanto generale da predominar sempre, anche quando la legge non lo avesse riprodotto: quindi nell'art. 752 nessuno dubita trattare i discendenti di fratelli o sorelle come i fratelli o sorelle medesimi, comunque *letteralmente la legge* si applichi ai fratelli o sorelle (V. *loc. sup. cit.*, n. 455).

Dunque è mestieri altresì trattare i discendenti dei fratelli o sorelle come i fratelli o sorelle medesimi, benchè *letteralmente l' articolo*, 757 si applichi ai fratelli o sorelle.

3°. Oh! no, si esclama; evvi una differenza! L'artic. 752 forma parte del capitolo III, il quale tratta delle successioni regolari; mentre l'art. 757 forma parte del capitolo IV, il quale tratta delle successioni irregolari. Or questi due capitoli non deggionsi confondere; ed i nipoti non possono invocare, nella successione irregolare in cui non trovansi riprodotte, le disposizioni le quali, nelle sole successioni

regolari, gli assimigliano ai fratelli o sorelle.

Ma in vero è mai possibile che la successione divenga irregolare, verso e contro tutti, radicalmente ed esclusivamente irregolare, per avere il *de cujus* lasciato un figlio naturale! e che tutte le regole determinanti le chiamate ereditarie della parentela legittima svaniscono pel solo fatto della sua esistenza! Eh! no al certo! la successione è irregolare circa il figlio naturale: egli è un successore irregolare; ma i nipoti, al pari di tutti gli altri parenti, sono e rimangono sempre successori regolari, degli eredi legittimi, e conseguentemente debbono poter sempre eziandio invocare le regole determinanti le chiamate ereditarie dei parenti legittimi.

4°. Come mai, per esempio, i nipoti o pronipoti, in caso di premorienza di tutti i fratelli o sorelle del defunto, verrebbero privati del dritto d'invocare il benefizio della rappresentazione riguardo al figlio naturale! (articolo 742 — 663) si è nondimeno preteso così! ed anche in tale ipotesi sonosi emessi molti giudicati, i quali han formato l'attuale giurisprudenza; comunque siasi affermato aver questa giurisprudenza sancito, in tal caso, il sistema della *non rappresentazione*. Ma confessiamo riuscirci malagevole comprendere per qual ragione i discendenti di fratelli o sorelle, i quali dovunque e sempre, nelle successioni, possono invocare l' art. 742, si troverebbero ad un tratto decaduti da cotesta chiamata ereditaria, essendovi un figlio naturale! Come se, ripetiamolo, essendo la successione irregolare rispetto a lui, la successione dei nipoti non fosse sempre regulare e non dovesse sempre trattarsi come tale rispetto ad essi! Altronde la rappresentazione è tanto poco estranea al sistema delle successioni irregolari, in quanto che l' artic. 759 — 675 l'ammette nello interesse dei figli dello stesso figlio naturale; e sarebbe singolare che, quando i suoi discendenti possono invocarla contro i nipoti del defunto, i nipoti stessi, alla volta loro, non possono invocarla contro di lui!

5° Ma altronde, a parer nostro, non in virtù dell' art. 742, nè in conformità dei principii della rappresentazione, i discendenti da fratelli o sorelle han diritto alla metà avverso il figlio naturale, ma in conformità di un principio molto più generale; in forza degli art. 748, 749, 750 ec. — 674 e 672, i quali attribuiscono loro, a prescindere dalla rappresentazione e nella loro sola qualità di discendenti di fratelli o sorelle, gli stessi diritti che ai fratelli o sorelle medesimi. E questo principio è tale, cotanto certo, cotanto assoluto, il legislatore ha cotanto bene assimigliato o piuttosto identificato i discendenti di fratelli o sorelle ai fratelli o sorelle medesimi, che puossi giugnere sino ad affermare andare i nipoti sottintesi e compresi *letteralmente nell' art.* 757 sotto la denomiazione di fratelli o sorelle (*ved.* il tomo I, n. 452, 456). Quindi non accettiamo, pel sistema da noi difeso, la qualificazione di *sistema della rappresentazione*, che spessissimo gli si è data; dappoichè il diritto dei nipoti alla metà della eredità non va totalmente subordinato al benefizio della rappresentazione, e dovrebbero ottenerla eziandio in caso di rinunzia o indegnità di tutti i fratelli o sorelle.

6° Finalmente abbiamo detto che il sistema opposto menava ad inconseguenze flagrantissime. Di fatti suppongasi avere il *de cujus* lasciato un figlio naturale, un avo ed un nipote; qual sarebbe allora la parte del figlio naturale? Forse dei tre quarti? ma ciò torna impossibile, essendovi un ascendente. Forse della metà? ma allora il nipote consegue la intera metà ad esclusione dell'avo! talchè questo avo produce solo una riduzione, da cui non può cavare vantaggio, mentre il nipote! cava solo vantaggio da una riduzione, che non avrebbe potuto produrre! Sappiamo potersi qui affermare che il Codice attribuisce una riserva agli avi ed alle avole, mentre non ne attribuisce alcuna *ai fratelli e* sorelle, i quali nulladimeno vengono preferiti, nelle successioni, agli avi ed alle avole. Ma è questo un altro ordine di principii; ed ammettendo esservi, in questo luogo, una inconseguenza, questa trovasi positivamente scritta; e ciò non è un motivo per aggiugnerne altra non emergente dal testo in esame.

Dunque la nostra conclusione sarebbe andare i nipoti compresi nell' art. 757 sotto la generica denominazione di *fratelli* o *sorelle* (confr. decis. C. di Pau 4 apr. 1840, Gamatis, Sirey, 1840, II, 239; di Rennes 26 lug. 1843, Lafargue, Dev., 1844, II, 341; Merlin, *Rep.*, v. *Rappresentazione*, sez. IV, § 7; Delvincourt, t. II, p. 21, nota 8; Toullier e Duvergier, t. II, n. 254 e nota *a; Temi*, t. VII, p. 113; Duranton, t. VI. n. 288; Demante, t. III, n. 75 *bis*, VII; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 514; Chabot, art. 757 n. 9; Poujol, art. 757, n. 25; Pont, *Rivista di legisl.* de Woloski, 1846, t. I, p. 99; ed

Osservaz. sul giudicato del 31 *ag.* 1847, Dev., 1847, I, 785; Cotelle, *Codice Nap. approfondito*, t. 1, p. 269; D. *Rac. alfab.*, v. *Successione*, n. 281, 282; Gros, *dei diritti succes. dei figli nat.* n. 55).

76. Supponiamo che il padre o la madre del figlio naturale abbia lasciato uno o più ascendenti in una linea, e nell' altra linea collaterali diversi dai fratelli o sorelle (o discendenti da essi) (1).

Quale sarà la parte del figlio naturale ?

Gli si dovrà attribuire la metà di tutta la eredità ?

Ovvero, per contrario, converrà primamente procedere alla ripartizione della eredità tra le due linee, per attribuirgli la metà della metà spettante alla linea in cui trovansi ascendenti, ed i tre quarti della metà spettante alla linea in cui trovansi collaterali non privilegiati ? Art. 733).

A norma del primo modo di procedere, il figlio naturale conseguirebbe la metà; mentre, a norma del secondo, conseguirebbe i cinque ottavi.

È questa pure quistione sommamente agitata, e su cui le opinioni sono oltremodo divergenti.

Per sostenere che il figlio naturale può dimandare separatamente la metà della parte dell' ascendente, ed i tre quarti della parte dei collaterali, puossi così ragionare:

1° La fondamentale idea del legislatore, nell' art. 757, si è il determinare la porzione del figlio naturale, avuto riguardo alla qualità degli eredi con cui concorre; e quindi gli attribuisce la sola metà rispetto agli ascendenti, ed i tre quarti rispetto ai collaterali non privilegiati;

Or, nell' addotta specie, il figlio naturale trovasi nel tempo stesso in concorso con ascendenti in una linea, e con collaterali non privilegiati nell' altra linea;

Dunque debbe avere la metà contro gli uni ed i tre quarti contro gli altri.

2° Di fatti chi potrebbe dolersi di questa soluzione cotanto unisona alla ragione della legge ?

Non mai l' ascendente; dappoichè conseguirà assolutamente la stessa parte che avrebbe conseguita, se il diritto del figlio naturale si fosse computato su la totale eredità; e quindi trovasi pienamente soddisfatto Supponga si essere la eredità di 24,000 fr. da dividere fra un ascendente paterno, un cugino materno ed un figlio naturale. In qualsivoglia modo procedasi, l' ascendente conseguirà sempre il quarto, cioè 6000 fr. Di fatti, se si attribuisca primamente al figlio naturale la metà della eredità totale, cioè 12,000 fr. rimangono 12,000 fr., di cui l' ascendente conseguirà la metà per la sua linea (6000). Se per contrario si divida primamente la eredità fra la linea paterna o la materna, l' ascendente conseguirà 12,000 fr., di cui il figlio naturale conseguirà metà; rimarranno eziandio, come nell' altro sistema, 6000 fr. per l' ascendente.

Dunque i soli collaterali saranno meno ben trattati per tal modo di procedere; ma essi precisamente potrebbero! reclamare invocando il diritto dell' ascendente, cioè un diritto loro estraneo.

3° Una gravissima obbiezione può farsi contro questa dottrina nel caso in cui l' ascendente il quale si trovi in una delle linee sia il padre o la madre del *de cujus*; dappoichè allora, a norma dell' art. 754, l' ascendente medesimo, oltre la metà spettante alla sua linea, consegue l' usufrutto del terzo dei beni dell' altra linea. Come mai conciliare, nel sistema da noi esposto, i diritti del padre o della madre e quelli dei collaterali coi diritti attribuiti al figlio naturale ? Di fatti è manifesto che se si attribuiscono al figlio naturale i *tre quarti* della metà spettante ai collaterali il padre o la madre non potrà più conseguire l' usufrutto del terzo di questa metà. Quindi, nello addotto esempio, essendo la eredità di 24,000 fr. se attribuiscasene primamente al figlio naturale la metà (12 000), la divisione da far poscia tra il padre o la madre ed il collaterale non privilegiato, attribuirà al padre o alla madre: 1° 6000 fr. in proprietà; 2° 2000 fr. in usufrutto (il terzo de' 6000 franchi spettanti ai collaterali). Per contrario, se si dividono primamente i 24,000 fr. tra le due linee, ed il figlio naturale consegua i tre quarti della metà spettante ai collaterali (9000 fr.), resterebbero a costoro 3000 fr., e conseguentemente l' usufrutto del padre o della madre graviterà su 1000 fr. In tal caso lo stesso ascendente troverebbesi dunque le-

(1) Imperocchè se il *de cujus* avesse lasciato fratelli o sorelle (o discendenti da essi) eziandio da un solo lato, sia uterini, sia consanguinei è indubitato che il figlio naturale conseguirebbe contro di essi la metà di tutta la eredità, dappoichè i fratelli o sorelle (o discendenti da essi) eziandio da un solo lato, conseguono la totalità ad esclusione di tutti gli altri parenti dell'altra linea (Art. 752; *supra*, n. 73).

so. Di fatti tale obbiezione è gravissima; ed i propugnatori del sistema da noi esposto non tutti l'hanno risoluta nella stessa guisa. La soluzione suggerita da Demante è la seguente: « L'ascendente, da un lato, essendo chiamato a conseguire una metà in proprietà ed un sesto in usufrutto; d'altro lato, essendo i collaterali dell'altra linea chiamati a conseguire un terzo in piena proprietà ed un sesto in nuda proprietà, il cuncorso del figlio naturale dovrà ridurre l'ascendente ad un quarto in piena proprietà ed un dodicesimo in usufrutto. Lo stesso concorso ridurrà i collaterali ad un dodicesimo in piena proprietà ed un ventiquattresimo in nuda proprietà. Il figlio naturale conseguirà il rimanente, val dire sette dodicesimi in piena proprietà ed un ventiquattresimo in nuda proprietà. » (T. III, n. 75 *bis* IX; confr. decis. C. di Parigi 30 piovoso anno XIII, Bergeret, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, 2, II, 28; di Amiens 23 marzo 1854, Com. di Belloy, Dev. 1854, II, 289; Delvincourt, t. II, p. 21, nota 8; Toullier, t. II, n. 256; Marcadé, art. 757, n. 4; Chabot, art. 757, n. 13; Poujol, art. 757, n. 26, Vazeille, *ibid.*, n. 8; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II. p. 275; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 285).

Cotesta dottrina non ci pare ben fondata:

1° Essa è pienamente contraria, a parer nostro, al testo medesimo della legge.

A norma dell'art. 757 il diritto del figlio naturale è della metà, quando il padre o la madre lasci ascendenti o fratelli o sorelle;

Or il padre o la madre ha lasciato (si suppone) ascendenti;

Dunque il diritto del figlio naturale è della metà.

Difatti il testo non distingue se l'ascendente o gli ascendenti lasciati dal *de cujus* appartengano ad una sola linea, ovvero appartengano alle due linee: prevede due ipotesi oltremodo evidenti: da un lato quella in cui sienvi *ascendenti*, e d'altro lato quella in cui non sienvi *ascendenti*. Per contrario la dottrina da noi oppugnata introdurrebbe, nell'art. 757, una novella e diversa ipotesi, cioè quella in cui vi fossero nel tempo stesso in una linea ascendenti, o nell'altra linea collaterali non privilegiati; or tale ipotesi intermedia o mista è affatto estranea al senso letterale ed alle combinazioni dell'articolo in esame.

2° Questo primo argomento da noi desunto dal testo della legge è altresì unisono al pensiero che guidò il legislatore. Nelle due ultime ipotesi dell'articolo 757 ciò che ha voluto si è il fare una ripartizione di tutta la eredità fra la prole naturale o la parentela legittima (*supra*, n. 73); talchè, come la metà o i tre quarti, attribuiti alla successione irregolare, debbono esclusivamente attribuirsi al figlio o ai figli naturali, così del pari l'altra metà o l'altro quarto, attribuiti alla successione regolare, debbono ripartirsi fra parenti legittimi, in conformità delle regole proprie alle successioni regolari (*supra* n. 78);

Or la divisione, la *ripartizione* tra la linea paterna e la linea materna è un modo di determinamento e di ripartizione dei beni ereditarii della successione regolare trai parenti legittimi: tra essi, nei loro rispettivi rapporti, ed anche sotto alcuni riguardi soltanto, puossi affermare che essa formi di una sola successione due successioni distinte;

Dunque di fatti tal divisione risguarda i parenti legittimi: dunque debbe seguire tra essi e sol dopo fatta primamente la preventiva divisione tra la successione regolare e la successione irregolare. Di fatti è mestieri riflettere che l'art. 757 è, per così dire, l'unico campo su cui i figli naturali ed i parenti legittimi incontransi e concorrono: oltre questo articolo non si rinviene tra essi alcun rapporto, alcun coatatto: or l'articolo medesimo, il quale solo scambievolmente li ravvicina, divide dapprima tra essi la eredità totale, ed immediatamente forma da ciascun lato una sola parte, una parte unica **ed invariabile**, mentre il sistema da noi oppugnato scinderebbe per contrario i diritti del figlio naturale, in due parti diverse riguardo a ciascuna delle due linee, e stabilirebbe quindi una frazione intermedia dalla legge non ammessa in veruna guisa!

3° Ciò che dimostra pure che la ripartizione fra le due linee paterna e materna è qui una operazione affatto estranea al figlio naturale, si è che si conviene (e difatti è cosa evidente!) che se vi fossero ascendenti in una sola linea, il figlio naturale avrebbe diritto alla metà della eredità totale, comunque non vi fosse alcun parente successibile nell'altra linea: in tal caso la devoluzione farebbesi esclusivamente da una linea all'altra, a pro della successione regolare, val dire nell'addotto caso, a pro dell'ascendente, senza che il figlio naturale potesse chieder nulla oltre la metà. Or, sarebbe strano che il diritto del figlio naturale fosse più considerevole, preci-

samente perchè vi fosse, nella famiglia legittima, un maggior numero di *parti-prendenti*! Come! conseguirebbe la metà, se esistesse un ascendente paterno; e conseguirebbe i 5/8, qualora, oltre l'ascendente paterno, esistesse un cugino materno!

4° La opposta dottrina, la quale introduce il figlio naturale nella divisione della eredità legittima fra le due linee, per farlo concorrere, in ciascuna di esse, mentre è estraneo ad ambedue, produrrebbe il risultamento di distruggere la eguaglianza che il sistema della ripartizione ha in mira di stabilire frai parenti paterni ed i parenti materni. Ogni eredità spettata ad ascendenti o collaterali, dichiara l'art. 733, si divide in *due parti eguali*: or, in conformità della dottrina la quale intendo applicare il principio della ripartizione nello interesse del figlio naturale, gli ascendenti, nell'addotta specie, riterrebbero un quarto dei beni; ma per contrario i collaterali ne conseguirebbero un ottavo! Demante ha risposto a tale obbiezione sostenendo che « questa ineguaglianza non è menomamente maggiore di quella emergente, in caso simigliante, da liberalità fatte dal defunto; avvegnachè queste liberalità potrebbero interamente assorbire la metà spettante ad una linea composta di collaterali, mentre una porzione della metà spettante all'altra linea composta di ascendenti troverebbesi riservata a costoro. » (T. III, n. 75 *bis*, IX.) È ben vero! ma il diritto ereditario del figlio naturale, il quale debbe colpire e di fatti colpisce, necessariamente per lo stesso suo carattere, la eredità *totale*, è assai diverso da una liberalità la quale può cadere su la porzione disponibile della eredità; e lo stesso Demante ha ravvisato tal differenza nel precedente numero della detta sua opera, insegnando con sommo fondamento « che è uopo non confondere il diritto di successione irregolare del figlio naturale con un legato o donazione... » (T. III, n. 75 *bis*, VIII; *infra*, n. 79).

5° Così mescolando il figlio naturale nelle relazioni degli eredi legittimi gli uni riguardo agli altri, andrebbesi troppo lungi! Per esempio, converrebbe ancora, nel sistema il quale attribuisce ai nipoti il quarto, statuire che se il *de cujus* abbia lasciato un fratello e nipoti di un fratello premorto, il quale sarebbe succeduto per rappresentazione del loro autore, il figlio naturale potrebbe dimandare la metà della porzione spettante al fratello, ed i tre quarti della porzione spettante ai nipoti. Tal conseguenza sarebbe inevitabile; ma a dir vero chi mai vorrebbe giugnere sino a tal punto!

6° La ipotesi in cui l'ascendente, il quale trovisi in una delle linee fosse il padre o la madre, diverrebbe eziandio pel sistema da noi oppugnato, una cagione di gravissimi impacci. È manifesto che allora il padre o la madre vien chiamato in ambedue le linee, nell'una per la piena proprietà, nell'altra, a dir vero, semplicemente per un terzo in usufrutto; ma finalmente puossi allora affermare vittoriosamente che il figlio naturale, trovandosi in entrambe in concorso di un ascendente, debba conseguire la metà della eredità totale. E se non si dichiari ciò, se pretendasi, non pertanto, che il figlio naturale consegua i tre quarti della metà spettante alla linea dei collaterali, sorge allora una estrema complicazione; ovvero di fatti l'usufrutto del padre e della madre non colpirà tutto ciò che debbe colpire a norma dell'art. 754; dappoichè i collaterali, in vece di conseguire il quarto, conseguiranno un ottavo; ovvero gli stessi collaterali non conseguiranno tutto ciò che dovevano conseguire. Il modo di esecuzione addotto di sopra da Demante, il quale attribuisce allora al figlio naturale una parte *in nuda proprietà*, ci pare assolutamente opposto al testo della legge, ed al certo eziandio al suo intendimento; dappoichè non potrebbesi ammettere aver voluto il legislatore stabilire tali relazioni di nuda proprietà e di usufrutto trai parenti legittimi ed il figlio naturale!

Dunque conchiudiamo che il figlio naturale, nell'addotta specie, avrà diritto alla metà della eredità totale: se il collaterale non privilegiato dell'altra linea trae allora vantaggio dal concorso dell'ascendente, la ragione si è che il legislatore avrà indubitatamente considerato che il concorso dell'ascendente medesimo determinasse effettivamente la gravezza della ingiuria fatta alla famiglia, e che non ha voluto, in confronto di un ascendente, potere il figlio naturale conseguir mai più della metà (confr. decis. C. di Bordò 5 mag. 1856, Boisdon, ed un consulto del professore Bourdeau, il *Diritto* del 22 ott. 1856; Favard, *Rep.*, v. *Success.* sez. IV, § 1, n. 5; Duranton, t. VI, n. 287; Taulier, p. III, p. 175; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 212 Belost-Jolimont sopra Chabot, *Osserv.* 3, su l'art. 757, Mackeldey, *Success.*, secondo il Codice Nap., p. 94; Ducarroy, Bonnier e

Roustaing, t. III, n. 515; Gros, *dei diritti success. dei figli nat.* n. 57).

77. — La metà o i tre quarti, secondo i casi, attribuiti ai figli naturali, si dividono tra essi per capo, quando sienvene più.

Non è da distinguere se sieno nati dalla stessa madre e dallo stesso padre, o dalla stessa madre e da padri diversi, o dallo stesso padre o da madri diverse: essi han sempre tutti egualmente *gli* stessi diritti, quando trattisi della eredità del loro comune autore (arg. dall'art. 745—667).

In caso di premorienza di uno di essi, i suoi figli o discendenti possono rappresentarlo e conseguire la porzione che lo stesso loro autore avrebbe conseguita (art. 759—675; *infra*, n. 84).

Circa la parte dei rinunzianti o degl' indegni, è manifesto accrescersi agli altri figli naturali; dappoichè, anche quando ve ne fosse uno nel momento dell' apertura della successione, avrebbe conseguito, per sè solo, la metà o i tre quarti (art. 757, 785—674, 702).

78. — Similmente la metà o il quarto, attribuiti, secondo i casi, ai parenti legittimi, si dividono tra essi, in conformità delle regole ordinarie stabilite nel capitolo precedente, e come sarebbesi divisa la intera eredità, se non fossero esistiti figli naturali. Al legislatore non era uopo spiegarsi qui; dappoichè è manifesto che la metà o il quarto, attribuiti ai parenti, formano pienamente, rispetto ad essi, una successione regolare.

Per esempio torna indubitato che la rappresentazione non venga ammessa a pro dei discendenti dei fratelli o sorelle premorti, sia riguardo ai loro zii, sia tra essi nel caso di premorienza di tutti i fratelli o sorelle (articolo 742—663), anche quando si pretendesse che rispetto al figlio naturale i nipoti debbano conseguire il quarto (*supra*, n. 75).

È pure evidente che la parte dei parenti legittimi rinunzianti e degl' indegni si accresca esclusivamente agli altri parenti legittimi, nella metà spettante agli ascendenti e fratelli o sorelle, e nel quarto spettante agli altri collaterali (*supra*, n. 77).

79. — Abbiam detto che la porzione spettante alla famiglia debbasi ripartire tra gli eredi a norma delle regole ordinarie.

Conseguentemente, se il defunto abbia lasciato fratelli o sorelle anche da un solo lato (ovvero, a parer nostro, discendenti da essi), la metà della eredità apparterrà loro interamente, ad esclusione di ogni altro parente dell' altra linea (art. 752).

Se abbia lasciato ascendenti in entrambe le linee, la metà dovrà dividersi fra gli uni e gli altri (art. 733, 746—668 e 669).

Potrebbero multiplicarsi gli esempi: ci basta affermare che le regole della successione legittima dovranno sempre applicarsi.

Non eccettuiamo neppure il caso in cui lo autore del figlio naturale avesse lasciato il padre o la madre e fratelli o sorelle. La metà spettante alla famiglia allora dividerebbesi a norma degli art. 748, 749, 750 e 751—671 e 672, val dire che i genitori conseguirebbero ciascuno il quarto di questa metà o un ottavo della eredità, e che se uno di essi fosse premorto, il superstite conseguirebbe un ottavo; i fratelli o le sorelle conseguirebbero il resto.

Non pertanto si è insegnata una opposta dottrina; e si è ragionato così:

A norma dell' art. 945—831, il padre e la madre han ciascuno la riserva di un quarto; mentre i fratelli e le sorelle, a norma dello art. 946—832, non conseguono per contrario alcuna riserva;

Or, se dopo essersi attribuita la metà al figlio naturale, l' altra metà venisse divisa fra i genitori ed i fratelli o sorelle, i genitori medesimi non conseguirebbero più la loro riserva;

Dunque la metà della eredità debbe appartenere, in tal caso, ai genitori, *ad esclusione* dei fratelli o sorelle i quali *allora nulla avranno* a conseguire; e se il padre o la madre soltanto sia sopravvissuta, i fratelli o sorelle potranno unicamente conseguire il quarto.

Tal è il sistema di Gros, il quale assimiglia come ben si ravvisa, i diritti successori del figlio naturale a liberalità, fatte dal *de cujus* ed il quale li preleva unicamente su la quota disponibile (n. 51-54).

Ma questa assimilazione è affatto contraria ai testi ed ai principii:

Contraria ai testi, sia degli art. 943, 945—829 ed 831, e di tutti gli altri, i quali, in materia di riserva e di quota disponibile, determinano sempre gli effetti delle *liberalità tra vivi* o *per testamento* fatte dal *de cujus*, sia dell'art. 757, il quale attribuisce al figlio naturale un diritto ereditario;

Contraria ai principii; avvegnachè questo diritto ereditario del figlio naturale è assolutamente della stessa natura del diritto ereditario dei parenti; e conseguentemente dee col-

pire egualmente o piuttosto per contributo tutta la eredità, e tutte le classi di eredi, senza esservi luogo a distinguere la riserva dalla quota disponibile, nè gli eredi riservatari da quelli che nol sono (confr. Duranton, t. VI, n. 286; Demante, t. III, n. 75 *bis*, VIII; Blondeau, *Della separazione dei patrimonii*, p. 534-535).

N°. IV.

Del caso in cui il padre o la madre del figlio naturale non lascino parenti in grado di succedere.

SOMMARIO.

80.—In mancanza di parenti in grado di succedere, il figlio naturale ha diritto alla totalità de'beni.

81.—Avviene lo stesso, se i parenti in grado di succedere rinunzino o sieno indegni.

82.—I diritti del figlio naturale, quando venga chiamato alla totalità de'beni, non mutano natura per tal circonstanza.

83.—L'art. 758 dimostra che le restrizioni onde il legislatore ha limitato, nell'art. 757, i diritti successorii del figlio naturale, constituiscono molto più regole di effettiva disponibilità che regole di capacità personale.—Dimostazione.—Conseguenze.

80. — A norma dell'art. 758—674:

« Il figlio naturale ha diritto su la totalità « dei beni, quando il padre o la madre non « lasciano parenti in grado successibile. »

Quindi, da un lato, un solo parente, in grado di succedere, anche quando fosse nel dodicesimo grado, impedirebbe al figlio naturale di conseguire la totalità dei beni: questo parente ne conseguirebbe il quarto; anche quando appartenesse ad una sola linea; dappoichè abbiamo osservato che non il figlio naturale cava vantaggio dalla circostanza non esservi parenti in una delle linee: in tal caso la devoluzione si fa da una linea all'altra; ed il diritto del figlio naturale va sempre computato su la eredità totale (confr. Chabot, art. 758, n. 4; e *supra*, n. 76).

D'altro lato, in mancanza di ogni parente in grado di succedere in ambe le linee, il figlio naturale consegue la totalità; e conseguentemente viene preferito per lo intero, non solo allo Stato, ma eziandio al conjuge superstite (art. 767—683).

81. — Ma l'art. 758 sarebbe applicabile, se tutti i parenti che il *de cujus* avesse lasciati rinunziassero o fossero esclusi come indegni (art. 785—702; *suprà*, n. 75).

82. — I diritti del figlio naturale, quando venga chiamato alla totalità, non mutano di natura per tal circostanza: in fatto sono più estesi; ma rimangono in diritto gli stessi, val diro diritti di successione irregolare. Il figlio naturale non è *erede* in questo ultimo caso nè negli altri; e ravviseremo essere allora tenuto di fatti a dimandare la immissione in possesso (art. 773). Treilhard, nella esposizione dei motivi del nostro titolo, affermando che in mancanza di parenti il figlio naturale *succede*, pareva aver voluto nondimeno stabilirvi una differenza (Locré, t. X, p. 192). Forse è questo un vestigio del sistema da Treilhard vigorosamente sostenuto in Consiglio di Stato, ed a norma di cui il figlio naturale, quando concorresse con parenti, avrebbe avuto, per contrario, un semplice diritto di credito.

Ciò che puossi affermare si è che l'ipotesi in cui il figlio naturale consegua solo la totalità dei beni, in mancanza di parenti, è quella che meglio dimostra che dopo la immissione in possesso ordinata a suo pro, il figlio naturale diviene il solo rappresentante di tutti i diritti attivi e passivi della eredità (*ved.* il nostro t. I; n. 160).

83. — L'art. 758 constituisce la pruova che le restrizioni onde il legislatore ha limitato, nell'art. 757, i diritti successorii del figlio naturale formano molto più regole di *disponibilità effettiva* che regole di *capacità personale*.

Due caratteri particolarmente distinguono le regole risguardanti la disponibilità dei beni cioè: 1° Che la estensione più o meno notabile di cotesta disponibilità può determinarsi nell'epoca dell'apertura della successione (art. 920—837): 2° Che essa va subordinata alla quantità dei beni del *de cujus* ed alla qualità degli eredi da lui lasciati (art. 922—839). A differenza della capacità personale la quale, in generale, si valuta in altre epoche e non dipende dalla importanza dei beni nè dalla qualità degli eredi (art. 901 e seg. — 817);

Or precisamente per determinare ciò che il figlio naturale potrà ricevere dai suoi genitori è uopo attendere l'apertura della loro successione e verificare qual sia, in tale epoca, il *quantum* dei beni e la qualità degli eredi;

Dunque, a dir vero, il figlio naturale non è personalmente incapace di ricevere dai suoi genitori la stessa totalità dei beni loro: dunque le restrizioni, mercè di cui l'articolo 757 limita più o meno, secondo i casi, ciò

che possa ricevere, partecipano molto più della disponibilità effettiva che della capacità personale.

Dalle quali cose conseguita, per esempio:

1° Che i parenti, nel cui interesse segnatamente tali restrizioni sonosi apportate, possono rinunziare a prevalersene (confr. arresto C. cass. 15 giugno 1838, Anglade; 16 ag. 1831, Lafargne; decis. C. di Rennes 26 giugno 1843 stesse parti; di Tolosa 7 feb. 1844, Peynavegrè. D., *Rac. alfab*, v. *Succcss.* n. 329, e v. *Dispos. tra vivi*, n. 449).

2° Che in tutti i casi, possono dimandare la riduzione e non la nullità delle liberalità eccessive (art. 920, 921—837, 838; confr. pure Lebrun, lib. I, capitolo II, sezione I, num. 7).

Si obbietterà forse che l' art. 908—824, il quale dichiara che: « i figli naturali non « possono ricevere cosa alcuna, sì per dona- « zione tra vivi, che per testamento oltre « quello che loro è accordato nel titolo *delle « Successioni*, » appartiene, nel titolo II, al capitolo intitolato: *Della capacità di disporre o di ricevere per donazione tra vivi o per testamento*?

È ben vero! ma questo medesimo articolo dichiara il figlio naturale incapace di ricevere entro i limiti stabiliti nel titolo *delle Successioni:* or precisamente nel titolo *delle Successioni* la legge avvicina o allontana questo limite avuto riguardo alla qualità degli eredi; e ben lungi dal contraddire l' art. 908, sotto questo rapporto, l' art. 757, esiste per contrario, fra queste due disposizioni, una manifesta correlazione ed una perfetta armonia.

Sol perchè l'art. 757 dichiara non potere il figlio naturale succedere ab intestato, l' articolo 908 dispone non potere ricevere per donazione o testamento; e di qui la duplice consegnenza che ci faremo a dimostrare.

1° Che egli può ricevere, per donazione tra vivi o per testamento di coloro ai quali può succedere, val dire dei suoi genitori entro i limiti dei suoi dritti successorii;

2° Che conseguentemente può, senza alcun limite, ricevere, tra vivi o per testamento, da tutti coloro ai quali non è chiamato a succedere, come per esempio dal padre o dal fratello o dallo zio della madre o del padre; dappoichè la restrizione dell'art. 908, il quale si riferisce *al titolo delle successioni*, torna allora inapplicabile; per la ragione che il *titolo delle Successioni* non istabilisce alcun rapporto tra il figlio naturale ed il padre, o il fratello, o lo zio dei suoi genitori.

Di fatti il legislatore, il quale intendeva garentire la famiglia dai traviamenti delle passioni personali dei discendenti, si è preoccupato delle disposizioni che gli stessi genitori potrebbero fare verso il proprio figlio, val dire della sola ipotesi in cui tali traviamenti dovessero gravemente temersi; ed il mezzo da lui adoperato si è, come abbiam detto, lo stabilimento di una specie di riserva nello interesse dei parenti legittimi (confr. decis. C. di Rouen 10 marzo 1851, Ducatel, Dev.; 1851, II, 211; Demante, *Temi*, t. VII, p. 149-150; Toullier, t. V, n. 71; Troplong, *delle Donaz. e dei test.*, t. II, n. 632; Loiseau, pag. 700; Cadrès, n. 236.)

N. V.

Nelle diverse ipotesi testè esposte, i figli o discendenti del figlio naturale possono forse esercitare i diritti conceduti allo stesso figlio naturale su la credità del suo autore?

SOMMARIO.

84. — I discendenti del figlio naturale possono esercitare, nella eredità del padre o della madre che l'abbia riconosciuto, i diritti che egli medesimo avrebbe potuto esercitarvi. — Per qual motivo?

85. — Esposizione delle difficoltà che l' art. 759 ha fatto sorgere.

86. — A. I discendenti del figlio naturale possono forse, in caso di rinunzia o indegnità del loro autore, succedere di proprio diritto al padre o alla madre che l' abbia riconosciuto, val dire al loro avo naturale.

87. — Continuazione.

88. — B. L' art. 759 comprende forse indistintamente tutti i figli, sia legittimi, sia naturali, del figlio naturale?

84. L' articolo 759 — 675 è così conceputo:

« In caso di premorienza del figlio natura- « le, i suoi figli o discendenti possono recla- « mare i dritti stabiliti negli articoli prece- « denti. »

La legge del 12 nebbioso anno II conteneva una disposizione pressappoco simile nel suo articolo 16, il quale dichiarava che:

« I figli e discendendi da figli nati fuori ma- « trimonio rappresenteranno i loro genitori « nello esercizio dei dritti dalla presente leg- « ge loro attribuiti. »

Di fatti, come abbiamo altrove osservato, esiste una parentela civile, una parentela le-

galmente riconosciuta fra il padre o la madre del figlio naturale ed i figli legittimi di costui (*V.* il nostro t. VII, *Trattato della paternità e della filiazione*, n. 550).

Ed era affatto razionale ed equo chiamare conseguentemente i discendenti del figlio naturale ad esercitare nella eredità del padre o della madre che l'abbia riconosciuto i dritti che esso medesimo avrebbe potuto esercitarvi.

È questo l'obbietto dell' art. 759.

85. — Il predetto articolo ha fatto sorgere due quistioni abbastanza gravi :

A. Forse in caso di premorienza del figlio naturale, e soltanto per dritto di rappresentazione, i discendanti del figlio naturale vengono chiamati ? ovvero neppur potrebbero succedere, di proprio dritto, in caso di rinunzia o indegnità del loro autore ?

B. Nell' art. 759 trattasi forse soltanto dei figli e discendenti legittimi del figlio naturale ? ovvero per contrario i suoi figli naturali non possono invocare l' applicazione ?

86. — A. E primamente i discendenti del figlio naturale possono forse, in caso di rinunzia o indegnità del loro autore, succedere di proprio dritto al padre o alla madre che l'abbia riconosciuto, val dire al loro avo naturale ?

Per la negativa puossi ragionare così :

1° Un dritto di successione *legittima* intestata può stabilirsi dalla *legge* ; e ciò è vero segnatamente circa i dritti di successione irregolare, i quali sono affatto eccezionali;

Or la legge, nell' art. 759, chiama tassativamente i discendenti del figlio naturale in *caso di premorienza* del loro autore : essa quindi lo chiama mercè della rappresentazione ;

Dunque è impossibile chiamarli durante la vita del figlio naturale, o di proprio lor dritto ; dunque non hanno , per tal caso , nella legge, alcun titolo.

2° Le chiamate ereditarie sono in generale reciproche ; *si vis te mihi succedere , fac ut tibi succedam* , diceva Delalande su lo articolo 310 della consuetudine di Orléans ;

Or precisamente i genitori del figlio naturale non succedono ai figli e discendenti di costui (*ved.* il nostro t. VII, n. 552, ed *infra*, n. 149).

Ed al certo è questo un grave motivo per non estendere la chiamata ereditaria dei discendenti del figlio naturale nella successione dei genitori di costui (confr. Toullier , t. II, n. 259; Duranton , t. VI , n. 294; Chabot, art. 759, n. 1-2; Vazeille, 759 ; Poujol, *eod.*, num. 2 ; Marcadé *eod.* , num. 1 ; D. , *Rac. alfab.* , v. *Succes.*, n. 347-348).

Nulladimeno non crediamo che tal dottrina sia ben fondata:

1° Relativamente al testo dell'art. 759 , diremo primamente che esso non limita effettivamente al solo caso di premorienza la chiamata ereditaria dei discendenti del figlio naturale, e che quindi non ha in mira il solo caso della rappresentazione. La espressione *in caso di premorienza* trovasi effettivamente adoperata spessissimo nel nostro titolo, come sinonima dell'altra *in mancanza di* (conf. art. 750, 753 , 766 — 672 , 681 ; e t. I di questo trattato , n. 505). Se il legislatore adopera più spesso la formola *in caso di premorienza*, la ragione si è che è questo il caso più ordinario, *id quod plerumque fit* ; ma la disposizione così conceputa debbe sempre applicarsi, per regola generale, al caso di rinunzia o indegnità, quando altronde non esista alcun motivo particolare per estendersi in un senso restrittivo: or non potrebbesi, nella nostra ipotesi, invocare alcun motivo particolare di restrizione : dunque la espressione *in caso di premorienza* debbesi risguardare come enunciativa: dunque il testo medesimo dell' art. 759 chiama i discendenti del figlio naturale a succedere di proprio dritto del pari che per dritto di rappresentazione.

E di fatti osserviamo che l' artic. 759 non adopera il vocabolo *rappresentare*, adoperato dall' artic. 16 della legge del 12 nebbioso anno II, comunque assai verosimilmente quella legge , cotanto favorevole ai figli naturali non avesse adoperato il vocabolo medesimo nel suo senso tecnico e restrittivo (*supra* , n. 84.)

2° Anche quando si credesse che il legislatore abbia volto il pensiero, nell'art. 759, al solo caso di premorienza, e che il testo medesimo conseguentemente chiama i figli del figlio naturale a succedere al loro avo naturale per via di rappresentazione, diremmo ancora che l'articolo medesimo così inteso, conterrebbe sempre virtualmente, per essi, una chiamata ereditaria pel caso di rinunzia o di indegnità del loro autore. Di fatti è principio costante, in materia di rappresentazione, che lo stesso rappresentante è personalmente lo erede del *de cujus*, e che debbe essere conseguentemente capace di succedergli : dunque l' art. 759 , anche quando li chiamasse p r

rappresentazione, riconoscerebbe in loro di necessità, comunque implicitamente, per la circostanza medesima, la capacità sufficiente a succedere *ex proprio capite, et ex propria persona* (*ved.* il nostro t. I, n. 393.)

3° È ben vero che le chiamate ereditarie sono d' ordinario reciproche, e che la regola medesima non verrà qui osservata. Ma tal regola non è assoluta, segnatamente nelle successioni irregolari:e sonovene abbastanza nella precedente dimostrazione, per conchiudere che i figli e discendenti del figlio naturale potranno succedere di proprio dritto ai genitori del loro autore. Chi mai vorrebbe consentire, atteso il disposto con l' art. 759, allo impossessamento dello Stato di questa eredità in loro detrimento? (confr. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 759, *Osserv.* 3; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 259, nota 1; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 214; Massé e Vergé, tom. II, p. 278; Taulier, t. III, pag. 187; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, tom. II, num. 547; Demante, t. III, num. 78 *bis*, I).

87. — Ma noi sopponiamo, nella precedente soluzione, che i figli e discendenti del figlio naturale, il quale rinunzii o venga escluso come indegno, possono effettivamente succedere di proprio dritto, val dire che la eredità è devoluta al loro grado; come se, per esempio, il *de cujus* avendo lasciato un solo figlio naturale, questo unico figliuolo avesse rinunziato o fosse indegno, o se tutti i suoi figli naturali, qualora ne avesse lasciato più, fossero egualmente indegni o avessero rinunziato.

Qualora, per contrario, il *de cujus* avendo lasciato due figli naturali,uno di essi soltanto avesse rinunziato o fosse indegno, mentre l' altro adisse l' eredità, i figli dell' indegno o del rinunziante nulla potrebbero dimandare; dappoichè la eredità, non si devolverebbe al loro grado.

Di fatti, in questo caso, la eredità può deferirsi ai discendenti del figlio naturale nell' uno o nell' altro dei modi ammessi dalla legge:

Sia per rappresentazione, in caso di premorienza del figlio naturale; ed allora la divisione avrebbe luogo per istirpe;

Sia di proprio dritto; ed allora è uopo che si trovino nel grado cui è devoluta la eredità: in tal caso la divisione dovrebbe aver luogo per capo (confr. Chabot, art. 759, n. 2; Demante, t. III, n. 78 *bis*, II.)

88. — B. La nostra seconda quistione si è se l'art. 759 comprenda indistintamente tutti i figli, sia legittimi, sia naturali, del figlio naturale (*supra*, n. 85).

Si è preteso così; ed in questo senso si sono invocate la generalità del testo e le discussioni avvenute in Consiglio di Stato:

Da un lato, si è detto, l'art. 759 attribuisce questa chiamata ereditaria, nei termini più assoluti, *ai figli* o *discendenti* del figlio naturale;

D' altro lato il console Cambacérès dimandò precisamente in Consiglio di Stato, « se il figlio naturale del bastardo godrà del beneficio di tale articolo. »

E su la quistione così chiaramente fermata avvenne quanto segue:

« Berlier osserva che l'articolo non può applicarsi, in tutta la sua latitudine, a questo figlio, essendosi statuito: 1°. che non era erede, ma semplicemente creditore; 2°. che tal credito, ridotto ad una quota dei beni e dei dritti del padre, non li rappresenta conseguentemente per intero.

« Il console Cambacérès obbietta che, comunque il figlio naturale non sia erede, ha nondimeno dritto ad un terzo di una parte ereditaria nella eredità del padre; l' articolo trasmette il dritto medesimo ai suoi discendenti: or, se vi sieno figli naturali, conseguiranno un nono nell' eredità del loro avo.

« L'articolo è adottato. » (Fenet, tom. XII, pag. 30.)

Adottato senza discussione, senza contraddizione: or è questo, a credere di Duranton, il caso d' invocare l' adagio: *Chi nulla dica, consente!* (t. VI, n.296; confr. Maleville su l' art. 759; Delvincourt, t, II, p. 22, nota 1; Favard, *Rep.*, v. *Succes.*, sez. IV, § 1, n. 14).

Ma tal conclusione torna, a dir vero, affatto impossibile, a norma dei testi, dei principii e della stessa ragione:

1° A norma dell' art. 756 — 674 la legge non attribuisce alcun dritto ai figli naturali sui beni dei parenti del padre o della madre loro;

Or ciò che pretendesi quisi è attribuire precisamente a cotesto figlio naturale diritti su la eredità dei parenti dei suoi genitori;

Dunque il testo, dell'artic. 756 manifestamente vi si oppone.

E non solo il testo, ma eziandio la ragione, il buon senso e la pubblica morale! Come cotesto figlio naturale, se il padre o la madre

sua fosse figlio legittimo, non avrebbe, per confessione di tutti, alcun dritto nella eredità del padre o della madre del suo autore; e per contrario vi avrebbe dritti, se il suo autore, in vece di essere un figlio legittimo, esso medesimo fosse un figlio naturale! talchè il figlio naturale avrebbe interesse all'essere gli stessi genitori, in vece di figli legittimi, figli naturali! ciò sarebbe mostruoso!

2° A norma dell'art. 759, i figli o discendenti del figlio naturale possono esercitare *i dritti stabiliti dai precedenti articoli*; dunque gli stessi dritti, nè più nè meno;

Or, secondo la individuale opinione di Berlier e di Cambacérès, il figlio naturale del figlio naturale avrebbe potuto esercitare, per contrario, una porzione di tali dritti, un nono in vece di un terzo;

Dunque tale opinione viene parimente proscritta dal testo medesimo dell'articolo 759, il quale attribuisce loro i *dritti stabiliti dai precedenti articoli*, ed il quale quindi attribuirebbe loro la stessa totalità, se non vi fosse parentela in grado di succedere. È vero che taluni autori han preteso che i figli naturali del figlio naturale avrebbero gli stessi dritti del loro autore (Pandette francesi, tomo III, p. 116); ma allora trovansi in discordanza con le stesse discussioni del Consiglio di Stato da essi invocate, e con tutti i testi.

3° Dunque è mestieri ammettere che la opinione manifestata da Berlier e Cambacérès, lungi dall'essere stata adottata dal Consiglio, trovasi per contrario positivamente proscritta dal testo. È ben vero che essa non sembra essere stata contraddetta nella discussione come ci viene riferita; ma sieno qualunque le cause di tal mancanza di contraddizione orale, il risultamento scritto e votato è sempre sommamente esplicito e positivo (confr. Chabot e Belost-Jolimont, art. 759, n. 4; Toullier, t. II, n. 259; Loiseau, p. 643; Taulier, t. III, p. 187; Zachariae, Aubry e Rau, tom. IV, Massé e Vergé, tom. II, p. 277, Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, tom. II, num. 518; Marcadé, articolo 759, num. 4; Demante, tom. III, num. 78 *bis*. II; Malpel, num. 296; Ponjol, articolo 759, num. 2, *D., Rac. alfab.*, v. *Succes.* n. 346).

---

§. III.

Quale è mai, circa il determinamento de' diritti successorii, lo effetto delle liberalità fatte dal de cujus, *sia al figlio naturale o a' discendenti di costui, sia a' suoi legittimi eredi?*

SOMMARIO.

89.—Il figlio naturale e i suoi discendenti son tenuti d'imputare su ciò che han diritto di pretendere tutto ciò che abbiano ricevuto dal padre e dalla madre loro.—Quale è stato il motivo di tal disposizione dell'art. 760?

90.—Continuazione.—L'art. 760 è stato dappoi renduto compiuto e sancito con l'art. 908.

91. La imputazione cui il figlio naturale va sottoposto diversifica forse dall'obbligo della collazione? Esposizione.

92. A. La imputazione è al certo regolata dagli stessi principii della collazione, trattandosi di conoscere quali vantaggi sieno o pur no imputabili. Esempii.

93. B. La imputazione al certo non viene regolata dagli stessi principii della collazione, nel senso che il figlio naturale non può, come l'erede legittimo, venirne esonerato dal suo autore, e sottrarsene rinunziando alla eredità.

94. Continuazione. *Quid*, se i discendenti del figlio naturale adiscano le eredità del padre e della madre del loro autore?

95. I discendenti del figlio naturale possono forse, dopo la morte del loro autore, e quando non potrebbero più conseguentemente considerarsi come persone interposte, ricevere personalmente dal padre o dalla madre di costui, per donazione tra vivi e per testamento, oltre ciò che ad essi è attribuito nella loro eredità?

96.—C. La imputazione di cui trattasi nell'art. 760 diversifica forse ne' suoi andamenti e ne' risultati suoi dall'obbligo della collazione? ovvero costituisce forse, sotto diversa denominazione, una vera collazione?—Esposizione.

97.—Continuazione.

98.—Continuazione.

96.—Continuazione.—Conclusione.

100.—La collazione è dovuta dagli eredi legittimi al figlio naturale.

101.—Quando sienvi più figli naturali, alcuni de' quali soltanto abbiano ricevuto donazioni tra vivi, in qual modo debbesi fare la imputazione delle donazioni medesime fra gli eredi legittimi e gli altri figli naturali i quali nulla abbiano ricevuto?

102.—Converrebbe forse applicare gli art. 760 e 908, qualora il *de cujus* lasciasse per soli successori più figli naturali, senza alcun parente in grado di succedere;

103.—La parte del figlio naturale, la quale non può essere accresciuta, può essere per contrario diminuita; e può esserlo in due modi:

104.—A. La porzione del figlio naturale può ridursi espressamente e direttamente, in forza dell'art. 761.—Questo articolo costituisce una disposizione affatto eccezionale.

105.—La riduzione permessa dall'art. 761 può farsi forse con donazione tra vivi, la quale dovrebbesi accettare dal figlio? ovvero, per contrario, può forse aver luogo senza il consenso del figlio, per sola volontà del padre o dalla madre?

106.—La dichiarazione del padre o della madre della inten-

zione sua di ridurre il figlio naturale alla metà de'suoi diritti, debbesi forse fare nell'atto stesso di donazione, ovvero può farsi con atto posteriore?

107.—È mestieri che la dichiarazione di riduzione sia *espressa*. Qual è mai il significato di questo vocabolo?

108.—Due condizioni richieggonsi dall'art. 761 per aver luogo verbalmente la riduzione:

109.—1°. È mestieri che il figlio naturale abbia ricevuto, durante la vita de'suoi genitori, una porzione de'suoi diritti ereditarii futuri.—Conseguenze.

110.—La riduzione potrebbe forse seguire mercè donazione con riserva di usufrutto, o la cui esecuzione fosse stata differita sino al giorno della morte del padre o della madre donante?

111.—La metà, cui il figlio naturale può essere ridotto, è forse la metà de'suoi diritti ereditarii *ab intestato*, o soltanto la metà della sua riserva?

112.—2°. Se la porzione ricevuta dal figlio naturale sia inferiore alla metà di ciò che doveva spettargli, può dimandare il supplemento necessario per compiere tale metà. Osservazione.

113.—Per determinare tal metà, è uopo stimare tutti i beni, secondo il lor valore in tempo della morte.

114. Il figlio naturale non potrebbe rinunziare al diritto di dimandare il supplemento necessario a compiere la metà di ciò che doveva spettargli.

115.—*Quid*, se la porzione che il figlio naturale avesse ricevute fosse manifestamente derisoria e disproporzionata con la metà di ciò che doveva spettargli?

116. — *Quid*, se la porzione ricevuta dal figlio naturale sia maggiore della metà di ciò che doveva spettargli, senza nulladimeno eccedere l'ampiezza de'suoi diritti *ob intestato*?

117.—L'art. 761. è applicabile a'discendenti del figlio naturale, come allo stesso figlio naturale.—Conseguenza.

118. Quando sienvi più figli naturali, alcuni de'quali soltanto sieno stati ridotti, la riduzione giova forse agli altri figli naturali non ridotti?

119.—La riduziona permessa dall'art. 761 può forse giovare a'soli parenti legittimi? ovvero per contrario, può giovare, sia agli altri figli naturali, sia al conjugo superstite, sia pure allo Stato?

120.—Continuazione.—La riduzione potrebbe forse giovare, in mancanza di eredi legittimi,a donatarii o legatarii estranei?

121.—B. Il figlio naturale può essere ridotto indirettamente e tacitamente, in forza del diritto comune su la facoltà competente a'suoi genitori di disporre a tit. gratuito. Rimando per tutto ciò che risguarda le quistioni di riserva.

89. — Comunque la legge conferisca diritti al figlio naturale sui beni dei suoi genitori *defunti* (art. 756 — 674; *supra*, n. 16), pure non vieta a costoro di fargli liberalità nel corso di lor vita; anzi è mestieri affermare che essa non può scorgerli che con soddisfazione estinguere così anticipatamente la loro obbligazione, e procacciare al figlio naturale, la cui condizione è più ordinariamente precaria e difficile, mezzi di sussistenza e di lavoro.

Ma nel tempo stesso considerazioni dell'ordine più elevato richiedevano che la legge determinasse l'effetto di tali liberalità; ed ecco come si esprime, all'obbietto, l'art. 760 — 676 :

«Il figlio naturale ed i suoi discendenti sono tenuti ad imputare nella porzione, cui » hanno diritto di pretendere, tutto ciò che » avessero ricevuto dal padre o dalla madre, » la successione dei quali è aperta, e che » sarebbe soggetto a collazione, secondo le » regole stabilite nella sezione seconda del » capo sesto del presente titolo. »

Sembra che lo scopo principale del legislatore, nel compilare l' articolo medesimo, si era lo impedire ai genitori di accrescere, con liberalità, la porzione attribuita ai figli naturali nella loro eredità; e Chabot, nel suo rapporto al Tribunato, dichiarava di fatti la imputazione imposta con l' articolo predetto « essere per gli eredi legittimi una garentia che i figli naturali non conseguiranno più di ciò che la legge permette attribuir loro » (Fenet, t. XII, p. 194.)

Non pertanto è mestieri ammettere che la incapacità pei figli naturali di ricevere, per donazione o per testamento, dai loro genitori, oltre ciò che loro si attribuisce nella successione intestata di costoro, non emergeva di necessità dal solo art. 760 — 676; avvegnachè dall'essere i figli naturali tenuti d'imputare su la loro porzione ereditaria ciò *che* avessero ricevuto per donazione o per testamento, non conseguitava di necessità non poter essi conservare la intera liberalità in caso di rinunzia, per esempio, alla eredità del loro autore, anche quando la stessa liberalità avesse ecceduto la loro porzione ereditaria *ab intestato*; del pari che l'obbligo della collazione in natura o della minor quota, imposto all'erede donatario o legatario, non implica, per lui, la impossibilità di conservare la donazione o il legato, oltre la sua porzione ereditaria, e nei limiti della quota disponibile, in caso di esenzione dalla collazione o di rinunzia (art. 843, 844, 845 — 762, 763, 764; confr. decis. C. di Douai 9 mag. 1836, Bourgeois, Dev., 1836, II, 573; arresto C. cass. 13 apr. 1840, stesse parti, Dev., 1840, I, 440).

90. — Ed è questa la ragione per cui il legislatore ha creduto necessaria, all'obbietto, una speciale disposizione. Precisamente nel

titolo *delle Donazioni tra vivi e dei testamenti* ha compiuto il suo lavoro statuendo con l'art. 908 — 824 che :

« I figli naturali non possono ricevere co» sa alcuna, sì per donazione tra vivi, che per » testamento oltre quello che loro è accorda» to nel titolo *delle Successioni*. »

Altronde tal disposizione era di manifesta necessità. Le considerazioni di ordine sociale, le quali avevano determinato il legislatore a circoscrivere i diritti successorii del figlio naturale, dovevano ad evidenza altresì rendere tali restrizioni invariabili ed indipendenti dalla volontà dei genitori, val dire dalle passioni loro e dai loro traviamenti ; avverso cui precisamente il legislatore aveva voluto, con le restrizioni medesime, garentire i gravi interessi affidati alla sua custodia !

Quindi, in tutti i tempi , è stata questa la sanzione dei divieti di succedere , stabiliti dalle leggi avverso il figlio naturale ; e mentre gl'impedivano di raccogliere ab intestato , in tutto o in parte , la eredità dei suoi genitori, gl'impedivano sempre, nella stessa proporzione , di conseguire le liberalità di costoro.

Tal era il diritto romano (confr. L. 2 ed 8, *Cod. de natur. liber.*; Nov. 89, cap. 12 , *princ.*, § 1 e 2, cap. 15; L. 5, *Cod. ad Senat. Orphit.*)

Tal era il nostro antico diritto francese (confr. Pothier, Introd. alla cons. di Orleans, tit. XV, n. 14; Lebrun, lib I, cap. II, sez. 1, n. 5-6; Bacquet, *Del diritto dei bastardi*, cap. III, n. 3; d'Agnesseau, t. II, p. 433.)

Tale pure doveva essere necessariamente il disposto col nostro Codice (*supra*, n. 83).

91. —Andiamo qui investigando qual debba essere, circa il determinamento dei diritti successorii del figlio naturale, l'effetto delle liberalità che avesse ricevuto dai suoi genitori.

Or l'art. 760 ha adoperato una espressione divenuta , in tutto questo subbietto , la sorgente di parecchie difficoltà gravissime.

« Il figlio naturale e i suoi discendenti, » dichiara l'articolo in esame , « sono tenuti di *imputare*, ec. »

Che mai dinota questo vocabolo ? Tale imputazione non è , sotto altra denominazione, se non l'obbligo della collazione ? ovvero ne diversifica, e sotto quali punti di veduta ?

Tornerà utile accennare, innanzi tutto, tre delle regole principali caratterizzanti la collazione nella eredità.

A. È dovuta la collazione delle liberalità vere, di quelle che abbiano aumentato il patrimonio del donatario e diminuito quello del donante (art. 852, 853, 854, 856—771, 772, 773, 775).

B. La collazione non è dovuta dall' erede donatario o legatario , se ne sia stato esonerato o rinunzii alla eredità , salvo però l' azion di riduzione in caso di lesione della riserva (articoli 843, 844, 845 — 762, 763, 764);

C. La collazione si fa , sia prendendo di meno , sia in natura. —prendendo di meno pei mobili; — in natura , generalmente, per gl' immobili ; e lo effetto della collazione in natura è quello di una condizione risolutiva, il cui avveramento pone la eredità nello stato medesimo che se la donazione non fosse stata fatta, e che se lo immobile donato fosse sempre rimasto presso il *de cujus* (art. 858 859 e seg. —777, 778).

Ebbene ! trattasi di conoscere se queste tre importanti regole della collazione sieno applicabili alla *imputazione* cui il figlio naturale viene sottoposto dall' art. 760.

92. — Sonovi due di queste regole non suscettive di alcuna difficoltà; e tutti sono di accordo nel rispondere:

Sì al certo per la prima !

No al certo per la seconda !

A. Sì, al certo, la imputazione , nell' articolo 760, va soggetta alle stesse regole della collazione, trattandosi di conoscere quali cose, quali vantaggi sieno o pur no imputabili. È manifesto che assolutamente le stesse cose, gli stessi vantaggi sarebbero o pur no soggetti a collazione. Il testo dell' art. 760 statuisce positivamente così; dappoichè astringe il figlio naturale ad imputare *ciò che sarebbe soggetto a collazione , secondo le regole stabilite alla sezione seconda del capo sesto del presente titolo*. E questo testo è sommamente unisono alla ragione ed ai principii , dappoichè l' art. 843, stabilendo l' obbligo della collazione nel modo più generale , per tutto ciò che l' erede abbia ricevuto dal defunto, è manifesto che se abbia eccettuato da tale obbligo talune cose, la ragione si è aver considerato che tali cose non constituissero vantaggi o almeno non fossero vantaggi di abbastanza grave importanza per potersene occupare: or tal motivo è ben fondato pel figlio naturale del pari che per gli eredi (*ved.* il nostro t. I, n. 515 *bis*).

Dunque è uopo applicare alla imputazione

gli art. 843, 851, 852, 853, 854, 856—762 770, 771, 772, 773, 775.

Conseguentemente il figlio naturale o i suoi discendenti sono tenuti d' imputare tutto ciò che abbiamo ricevnto a titolo gratuito, direttamente o indirettamente (art. 843); e conseguentemente tutto ciò che si fosse erogato pel loro collocamento o per la soddisfazione dei loro debiti (art. 851).

Ma altresì non sono tenuti d' imputare:

Le spese di nutrimento, mantenimento, educazione, instruzione, le spese ordinarie di abbigliamento, quelle per nozze e regali di uso (art. 852);

Nè gli utili che avessero potuto conseguire dalle convenzioni fatte col defunto, se le convenzioni medesime non contenessero alcuno indiretto vantaggio nel momento in cui vennero fatte (art.853).

Nè i guadagni risultanti dalle società contratte senza frode col defunto, quando le condizioni siensi fermate con atto autentico, salvo il disaminare minutamente, in questi due ultimi casi, se le convenzioni o società non offrano effettivamente alcun indiretto vantaggio e siensi fatte senza frode (art. 854 *infra*, n. 93).

Nè i frutti e gl' interessi da essi percepiti delle cose donate nello intervallo dalla donazione all' apertura della successione (articolo 856).

93. — B. No al certo la imputazione non va soggetta alle stesse regole della collazione nel senso che il figlio naturale non può, come l' erede legittimo, esserne esonerato dal suo autore, o sottrarvisi rinunziando alla eredità (art. 908 824, *supra*, n. 89).

Tutto l' opposto l è quante volte la liberalità fatta al figlio naturale dai suoi genitori eccedesso la porzione che può ricevere nella loro successione intestata, dovrebbe andar sottoposta non più alle regole della *collazione*, ma alle regole della *riduzione*; dappoichè abbiamo precisamente dimostrato che le restrizioni onde il legislatore aveva limitato i suoi diritti nello interesse dei parenti legittimi constituivano a pro di costoro, verso il figlio naturale, una vera riserva dei beni residuali ereditarii.

L' obbligo d' imputare, fermato nell' articolo 760, non deriva semplicemente, come l' obbligo di porre in collazione, stabilito nell' art. 843, dalla presunta intenzione del defunto; ma deriva dalla imperativa volontà del legislatore, il quale non permette al defunto, nè al figlio naturale, sottrarvisi.

Dalle quali cose discende la conseguenza dovere aver luogo la imputazione di tutto ciò che il figlio naturale abbia ricevuto, in qualsivoglia modo, sia sotto la forma di un contratto oneroso, sia sotto il nome d' interposte persone (art. 914—827; confr. decis. C. di Parigi 19 luglio 1806, Bergeret, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 343; decis. C. di Parigi 5 giugno 1838, *G. del Foro*, t. II, 1843. p. 440; di Parigi 4 mag. 1840, *G. del Foro*, t. I, 1840, p. 699).

E conseguentemente altresì è manifesto che gli art. 847 ed 849—766 e 768, i quali esimono dalla collazione i vantaggi fatti al figlio o al conjuge di un successibile; non sono applicabili alla imputazione di cui trattasi nell' art. 760; dappoichè per contrario i discendenti ed il conjuge del figlio naturale reputansi qui, di pieno diritto, persone interposte (confr. art. 908, 914—824, 827).

Laonde, quando lo stesso figlio naturale succeda ai proprî genitori, diviene indubitato dover imputare: 1° tutto ciò che abbia personalmente ricevuto; 2° tutto ciò che gli stessi suoi figli e discendenti, o il suo conjuge, abbiano ricevuto.

94. — Ma l' art. 760 impone parimente l' obbligo d' imputare ai discendenti del figlio naturale, quando succedano essi ai genitori del loro autore.

Quando succedano in caso di premorienza del loro autore, e quindi per rappresentazione, debbono eziandio imputare: 1° *tutto ciò* che siasi ricevuto dal loro autore *premorto*, anche nel caso in cui avessero rinunziato alla sua eredità; 2° tutto ciò che abbiano personalmente ricevuto (art. 760 ed 848—876 e 767).

Avvisiamo pure che sarebbero egualmente tenuti di fare questa duplice imputazione nel caso in cui, per effetto della rinunzia o della indegnità del loro autore, succedessero di proprio diritto ai proprî genitori. È ben vero che, a norma dell' art. 848, il figlio che succede di proprio diritto al donante non è tenuto di porre in collazione la donazione fatta a suo padre, anche quando avesse accettato la eredità di costui; ma precisamente, come abbiamo osservato, su questa speciale quistione, le regole della imputazione profondamente diversificano dalle regole della collazione (*supra*, n. 93). Ciò che il legislatore vuole qui si è che il figlio naturale o i suoi discendenti (almeno quando costoro ab-

biano potuto considerarsi come persone interposte, *infra*, n. 95) non conseguano, essi tutti, una porzione maggior di quella attribuita dalla legge allo stesso figlio naturale: è questo lo spirito manifesto dell' art. 760. Conseguentemente è uopo statuire che, anche quando i discendenti del figlio naturale succedano di propria ragione, sono tenuti della duplice imputazione di ciò che il loro autore ha ricevuto e di ciò che essi medesimi abbiano ricevuto, dappoichè, comunque succedano di propria ragione, succedono nulladimeno in sua mancanza, e semplicemente ad obbietto di esercitare *i diritti stabiliti negli articoli precedenti*, dichiara l' art. 759—675, val dire gli stessi diritti, nè più nè meno, che lo stesso loro autore avrebbe esercitati. E di fatti non avrebbesi potuto, senza ingiustizia e senza pericolo, statuire che la indegnità e soprattutto la rinunzia(fosse concertata e frandolenta)del figlio naturale nuocerebbe alla famiglia legittima, la quale parrebbe piuttosto doverne trarre vantaggio, se dovesse emergerne qualche modificazione nei diritti successorii del figlio naturale (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 520; Demante, t. III, n, 79 *bis* VI).

95.—Abbiamo parlato dei discendenti(ben inteso legittimi) del figlio naturale (*supra* n. 88).

Relativamente ad essi, rimane una ultima quistione, cioè:

Se possano, dopo la morte del figlio naturale,e quando non potrebbero più conseguentemente considerarsi come persone interposte, personalmente ricevere, per donazione tra vivi o per testamento, dal padre o dalla madre del loro autore oltre ciò che loro viene attribuito nella sua successione intestata.

Per esempio il figlio naturale è morto, lasciando figli legittimi, prima del padre o della madre; e costoro han fatto di poi ai suoi figli una liberalità tra vivi o per testamento, eccedente la quantità dei diritti successorii, che l' art. 759 attribuisce loro dal lato del figlio naturale loro autore.

Questi figli possono forse conservare la intera liberalità ?

In quanto a noi, avvisiamo essere stato intendimento dei compilatori del Codice che i discendenti del figlio naturale fossero sempre ed indistintamente, nei loro rapporti coi genitori del loro autore, trattati come lo stesso figlio naturale: non pertanto, ne conveniamo essere spiacevole che tale intendimento sia stato formulato in modo sì incerto che la opposta dottrina possa sembrare forse più unisona al testo medesimo della legge.

A norma dell' art. 902, dicesi, ogni persona può disporre e ricevere per donazione tra vivi o per testamento, eccetto quelle che la legge ne dichiara incapaci; e conseguentemente i figli legittimi, o pur no, del figlio naturale saranno capaci di ricevere dai genitori del loro autore, se di fatti nessun testo li dichiara incapaci;

Or nessun testo stabilisce contro di essi tale incapacità.

Invocherassi forse l' art. 759 ? ma dal conferire loro l' articolo medesimo alcuni diritti successorii non consegnita menomamente che li dichiari incapaci di ricevere una parte maggiore a titolo gratuito.

Forse l' art. 760 ? ma la necessità della imputazione delle donazioni che potrebbero aver ricevuto non implica tale incapacità; del pari che l' obbligo della collazione imposto all' erede donatario non implica la sua incapacità di ricevere a titolo di antiparte la quota disponibile.

Forse l' articolo 908 ? ma precisamente esso dichiara incapaci *i figli naturali* e non i loro discendenti: solo come persone interposte, in forza dell' art. 911, i discendenti medesimi potrebbero trovarsi colpiti da tale incapacità: or, siccome si suppone che la liberalità è stata fatta dopo la morte del figlio naturale, non può quistionarsi d' interposizione di persona.

Dunque nessun testo impedisce ai discendenti del figlio naturale di ricevere, dopo la morte del loro autore, liberalità dai genitori di costui; e si è pur soggiunto non esservi di fatti alcun pericolo a lasciare ad un avo o ad un' ava,rispetto ad un discendente superstite, la facoltà che si è creduto dover interdire al padre o alla madre rispetto allo stesso figlinolo (confr. decis. C. di Colmar 31 maggio 1825, Witman, Sirey, 1826, II, 50; di Douai 9 mag. 1836, Bourgeois, Dev., 1836, II, 573; arresto C. cass. 13 apr. 1840, stesse parti, Dev., 1840, I, 440; Saintespés-Lescot, t. II, n. 238; Massé e Vergé sopra Zachariae t. III, p. 240).

Nulladimeno avvisiamo che la volontà del legislatore è stata lo assimigliare qui, sotto ogni rapporto, i discendenti del figlio naturale allo stesso figlio naturale:

1° Di fatti, a norma degli art. 759 e 760, i discendenti del figlio naturale son chiamati

ad esercitare i diritti che la legge attribuisce allo stesso figlio naturale; e son tenuti altresì, al pari di lui, d' imputare su quanto han diritto di pretendere tutto ciò che abbiano ricevuto dal padre o dalla madre, la cui successione è aperta;

Or l' art. 908, il quale dichiara che i figli naturali non potranno, per donazione tra vivi o per testamento, ricever nulla oltre ciò che è loro conceduto *nel titolo delle Successioni*, constituisce, come abbiamo già osservato, la disposizione correlativa ed adequata degli articoli 757 a 760: esso ne è la conseguenza e la sanzione;

Dunque l' art. 908, comunque adoperi la espressione *i figli naturali*, comprende nulladimeno eziandio *i loro discendenti*; li comprende per la correlazione intima, la quale lo concatena agli artic. 759 e 760, e perchè di fatti, nel sistema generale della legge, in materia di disponibilità, i discendenti sono sempre trattati nella stessa guisa del figlio da cui sono nati (arg. dall' art. 914 — 830.) E tale assimilazione è qui particolarmente logica e preveggente; dappoichè le stesse considerazioni di sociale interesse richieggono, pressappoco nello stesso grado, che la famiglia legittima venga preservata dalle debolezze e dai traviamenti dei genitori, non solo verso lo stesso loro figlio naturale, ma eziandio verso i suoi discendenti.

2° La corte di cassazione, nel suo arresto del 13 aprile 1840 (*supra*), ha dichiarato che « gli art. 757 a 760, relativi soltanto a dritti dei figli naturali sui beni dei loro genitori, *indipendentemente da ogni liberalità da parte* loro, sono, per la ragione medesima, privi d' influenza su la soluzion della quistione. » Ma tutto l' opposto! l' art. 760 contempla il caso in cui si fossero fatte liberalità dai genitori; e dichiara che il figlio naturale o *i suoi discendenti* son tenuti d' imputarle. È ben vero che l'articolo medesimo, comunque appalesi la volontà del legislatore di determinare invariabilmente la porzione di beni che il figlio naturale o *i suoi discendenti* potranno, a qualsivoglia titolo, conseguire, non sarebbe stato per sè solo sufficiente ad impedire al figlio naturale o ai suoi discendenti di conseguire una parte maggiore (*supra*, n. 89). Ma l' art. 908 ha sancito, con una sanzione, cotesta volontà del legislatore; e tale articolo, riferendosi agli articolo 759 e 760, del pari che all' articolo 757, virtualmente comprende i discendenti del figlio naturale come il figlio naturale medesimo.

3° Nell' opposto sistema, converrebbe statuire non solo che i discendenti del figlio naturale potrebbero, rinunziando alla eredità, conservare pienamente la libertà, per quanto fosse considerevole, da essi ricevuta dai genitori del loro autore; ma eziandio che potrebbero venire esonerati da lui dalla imputazione imposta con l' art. 760, e conseguentemente dimandare i dritti successorii in forza dell' art. 759, senza esser tenuti d'imputare, in forza dell' artic. 760, i vantaggi lor fatti! Tal conseguenza ci pare inevitabile in questo sistema: or non è forse manifesto che essa violi lo essenziale pensiero ed il testo medesimo dei due art. 759 e 760!

4° Si suppone sempre, nel sistema da noi oppugnato, essersi fatta la liberalità al discendente del figlio naturale, dopo la morte di costui. Ma che mai dovrebbesi statuire, se la donazione tra vivi si fosse fatta al discendente del figlio naturale dai genitori di costui, nel corso di sua vita, e dappoi, nel momento dell' apertura della successione, il figlio naturale fosse premorto? Considerando l' epoca della donazione, dovrebbesi rispondere che il discendente del figlio naturale è stato una persona interposta; dappoichè in quell' epoca il figlio naturale esisteva ancora; e di fatti precisamente ciò viene statuito. Ma non pertanto trattasi molto meno in tutto ciò, come abbiamo osservato, di una quistione d' incapacità personale, che di una quistione di effettiva disponibilità, la cui ampiezza debbasi determinare nel momento della morte, secondo la qualità dei successibili in quell' epoca (*supra*, n. 83;) or, essendo premorto il figlio naturale, sembra che il discendente del figlio naturale dovesse, nell' opposto sistema, poter allora conservare la donazione tra vivi a lui medesimo fatta! quella donazione fattagli sotto la influenza dell' affezione illecita e sregolata del padre o della madre per lo stesso suo figliuolo naturale! talchè, qualunque partito prendasi in tale ipotesi, la soluzione che verrà adottata darà luogo alle più gravi obbiezioni.

5° Si esclama che, secondo la dottrina da noi propugnata, mentre i discendenti naturali del figlio naturale non sono incapaci di ricevere a titolo gratuito dai genitori del loro autore, la incapacità medesima colpirebbe, per contrario, i discendenti legittimi del figlio naturale. È ben vero; ma questa pretesa con-

traddizione non dà luogo a veruno inconveniente nel sistema adottato dal Codice. Della discendenza naturale del figlio naturale il Codice non si è menomamente occupato nei suoi rapporti coi genitori di questo figlio; e la ragione ne è affatto semplice, cioè che la discendenza medesima è loro affatto estranea (art. 756): dunque, rispetto ad essi, nulla ha statuito pro nè contro della medesima. Ma, per l' opposto, il Codice ha ammesso rapporti civili frai discendenti legittimi del figlio naturale ed i genitori di costui: conseguentemente ha loro attribuito dritti successorii; ma, mentre attribuisce gli stessi dritti, sotto il rapporto medesimo, che allo stesso figlio naturale, ha impresso ai dritti medesimi lo stesso carattere, e gli ha limitati con la medesima sanzione. Con l' argomento da noi oppugnato, potrebbesi obbiettare altresì che lo stesso figlio naturale è meno ben trattato, riguardo ai suoi genitori, che i proprii figli naturali; eh! indubitamente; ma perchè la sua filiazione la lega ai suoi genitori, e gli effetti di tale filiazione vengono supremamente determinati dalla legge! (Confr. decis. di Parigi 26 dicembre 1828, Autreau, Sirey, 1829, II, 14; Toullier, t. II, num. 260; Duranton, t. VIII, n. 247; Belost-Jolimont sopra Chabot, artic. 759, *Osserv.* 3 *in fine*; Fouël de Conflans, art. 759; Marcadé, art. 908, n. 508, *bis*; ed art. 914, n. 523; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 30; Vazeille, art. 908, n. 5, Richefort, dello stato delle famiglie, tom. II, n. 322.)

96. — C. La terza quistione generale, da noi fermata (*supra*, n. 91) si è se la imputazione di cui trattasi nell' art. 760 differisca nelle sue forme e nei suoi risultamenti, dall' obbligo della collazione, ovvero se essa medesima constituisca, sotto diversa denominazione, una vera collazione.

Tal quistione è oltremodo controversa; e qui vengono in campo due principali sistemi:

Uno, il quale scorge nella imputazione stabilita dall' art. 760 un' operazione diversa dalla collazione;

L' altro, per contrario, a norma di cui lo art. 760 impone, sotto altra denominazione, al figlio naturale riguardo agli eredi, l'obbligo della collazione cui gli stessi eredi van sottoposti riguardo a lui.

97. — La base fondamentale del primo sistema sta interamente nel vocabolo *imputare*, adoperato nell' art. 760.

La imputazione, dicesi, a differenza della collazione, non trae seco alcuna risoluzione della donazione, sia qualunque la natura dell' oggetto donato, mobile o immobile: essa non produce alcun tramutamento reale nè fittizio dell' oggetto medesimo, il quale, ben lungi dal tornare in verun caso alla eredità, continua ad appartenere irrevocabilmente al figlio donatario, come dal giorno della donazione, *ut ex tunc*.

È questa la comune premessa de' partigiani di cotesto primo sistema.

Ma è mestieri porsi di accordo circa le conseguenze che convenga desumere; e le divergenze o piuttosto la contraddizione fra loro constituiscono al certo esse medesime una delle più gravi obbiezioni avverso il loro punto di partenza comune.

Primamente alcuni han desunto la radicale conseguenza, che gli oggetti donati al figlio naturale sono assolutamente estranei alla eredità, e non debbono riunirsi alla massa dei beni esistenti in tempo della morte, per compiere la parte da spettare al figlio naturale. Suppongasi, per esempio, che un figlio legittimo concorra con un figlio naturale; che costui abbia ricevuto 1200 franchi; o che la eredità del padre sia di 12,000 fr. Ebbene! si compirà su 12,000 franchi soltanto la porzione spettante al figlio naturale; conseguentemente avrà dritto ad un sesto, cioè 2000 fr. Or, dicesi, siccome ha già ricevuto 12000 franchi, che è tenuto imputare su ciò che ha dritto di pretendere, così avrà a dimandare solo 800 franchi (confr. Chabot, artic. 760, n. 2; Poujol, art. 760, n. 1).

Ma ciò torna manifestamente inammissibile:

1° Perchè, a norma dell' art. 757, il figlio naturale ha dritto ad una frazione ereditaria che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo; or, se fosse stato legittimo, avrebbe avuto il dritto di prendere la sua porzione su la massa accresciuta di tutte le liberalità fatte dal *de cujus*: dunque ha dritto di prendere il terzo della sua porzione su la massa così aumentata (*ved.* pure l' art. 922 — 839):

2° Perchè questa liberalità da lui ricevuta lo costituirebbe, in tutti i casi, debitore verso la eredità, e questo debito debbe quindi aumentarne di altrettanto l'attivo, nel comune interesse di tutte le *parti-prendenti*.

3° Finalmente perchè l' opposto sistema menerebbe alla impossibile conseguenza, che il figlio naturale verrebbe tanto più maltrat-

tato, in quanto che il padre o la madre avrebbe, per contrario, mostrato verso di lui maggiore benevolenza e generosità ; dappoichè, nell'adotta specie, se il padre nulla avesse donato al figlio naturale, la massa sarebbe ascesa a 13, 200 fr. ed il suo sesto, computato su questa massa, sarebbe stato di 2200; mentre prenderebbe 2000 precisamente perchè il padre avrebbe voluto fargli un vantaggio!

Quindi nella maggior parte gli stessi propugnatori del sistema, il quale pretende distinguere la imputazione dalla collazione, hanno eliminato questa prima e compromettente conseguenza! Confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 518; Massé e Vergé, t. II, p. 438; Vazeille art. 760, n. 5; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 760, n. 5; Marcadé art. 760, n. 2; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 521; Taulier, t. III, p. 188-189.)

98. — Notabili divergenze insorgono frai propugnatori di questo primo sistema, relativamente al modo onde la imputazione dovrebbe seguire.

Alcuni pretendono che la imputazione nulla abbia di comune con la collazione, sia in natura, sia prendendo di meno; ed attenendosi esclusivamente alla idea che il figlio naturale rimane sempre proprietario degli oggetti donatigli, ne desumono i seguenti corollarii:

1° L'art. 856, relativo ai frutti ed interessi delle cose sottoposte a collazione, non sarebbe applicabile alla imputazione; e quindi i frutti e gl'interessi delle cose donate non sarebbero dovuti dal figlio naturale eziandio dopo l'apertura della successione (confr. decis. C. di Pau 14 lug. 1827, Marrast, Sirey, 1827, II, 73; arresto C. cass. 11 gen. 1831, stesse parti, D. 1831, I, 60; Fouët de Conflans su l'art. 760; *infra*, n. 99.)

2° Gli art. 855, 859 ed 860, relativi alla collazione degl'immobili, neppure vi sarebbero applicabili; epperò la imputazione dovrebbe sempre aver luogo, per gl'immobili donati come pei mobili, secondo il loro valore nel momento della donazione; dappoichè, dicesi, i figli naturali son tenuti d'*imputare* su ciò che hanno diritto di pretendere *tutto ciò che abbiano ricevuto*: or *ciò che hanno ricevuto* è il valore, nè più nè meno, che aveva l'oggetto donato, mobile o immobile, nel momento della donazione: dunque appunto tal valore debbe invariabilmente formare la base della imputazione. Dalle quali cose conseguiterebbe che il figlio naturale trarrebbe solo vantaggio dagl'incrementi sopraggiunti allo immobile, nello intervallo dalla donazione all'apertura della successione; del pari che, reciprocamente, soggiacerebbe solo altresì alle diminuzioni, oppure alla perdita totale per caso fortuito dello immobile donatogli (confr. Chabot, art. 760, n. 2; Marcadè, art. 760, n. 1; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 520).

Altri per contrario insegnano che la imputazione non è mai, a dir vero, una collazione in natura, ma che constituisce una collazione prendendo di meno; e da tal proposizione naturalmente desumono conseguenze affatto opposte, cioè:

1° Che l'art. 856 — 775 è applicabile alla imputazione del pari che alla collazione.

2° Che è a dire lo stesso degli art. 855, 860, 861, 862, 863 ed 864 — 774, 779, 780, 781, 782 e 783, i quali determinano la collazione, prendendo di meno, degl'immobili donati (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 519; Massé e Vergè, t. II, p. 438; D., *Rac. alfab.*, v. *Successione*, n. 339).

Questa ultima dottrina è pure quella professata da Demante, il quale nulladimeno le attribuisce altra base. Per dimostrare che i frutti e gl'interessi son dovuti dal figlio naturale, sin dal giorno dell'apertura della successione, e che gl'immobili donati debbano stimarsi secondo il loro valore in questa ultima epoca, il dotto autore invoca non gli art. 856 ed 859 — 775 e 778, ma gli art. 928 e 822 — 815 ed 839; dappoichè, a creder suo, l'art. 760 riguarda una quistione di disponibilità, anzichè una quistione di collazione. Tal divisamento è oltremodo ingegnoso indubitatamente (*supra*, n. 83); ma crediamo esser qui pienamente esatto; o lo stesso Demante forse si contraddice di fatti al quanto, allorchè ammette che, per le donazioni mobiliari, dovrebbe farsi su la base del valore delle cose donate, nel momento della donazione, per argomento, egli dice, desunto dall' art. 868 — 787; dappoichè l'art, 922, se è qui applicabile, non ammette, come ravviseremo, tal distinzione frai mobili e gl'immobili (confr. arresto C. cass. 14 dic. 1830, Vaison, D. 1831, I, 33; Troplong, *delle Donaz. e dei test.*, t. II, n. 974.)

99. — E questo il primo sistema, quello che pretende stabilire differenze tra la imputazione e la collazione.

In quanto a noi, non lo ammettiamo; e neppure accogliamo veruna delle emende,onde alcuni dei suoi propugnatori l' hanno sostenuto. Per contrario noi suggeriremo positivamente il secondo sistema, quello a norma di cui la imputazione e la collazione reputansi qui due vocaboli sinonimi esprimenti, nel pensiero del legislatore, una sola e medesima operazione.

1° Lo essenziale pensiero del legislatore,per tutto ciò che riguarda il determinamento dei diritti successorii del figlio naturale, si disvela manifestamente nell'art. 757. Di fatti, a norma di questo articolo, dovendo il figlio naturale conseguire una porzione di ciò che avrebbe conseguito, se fosse stato legittimo, diviene indeclinabile necessità, per l'applicazione di tal modo di determinamento, che la massa venga formata, per lui, nella guisa stessa che per l'erede legittimo.

Se fosse stato legittimo, avrebbe potuto dimandare la collazione in natura agli eredi; e quindi può dimandarla loro, comunque fosse un figlio naturale (*infra*, n. 100).

Or, se può dimandare la collazione agli eredi, costoro, alla volta loro, possono del pari dimandargliela, in forza della stessa regola essenziale, predominante in tutto ciò; val dire che il figlio naturale debbasi momentaneamente considerare come legittimo pel determinamento della sua parte ereditaria: or, se fosse legittimo, dovrebbe la collazione ai suoi coeredi, come i suoi coeredi la dovrebbero a lui.

E ciò dimostra non doversi argomentare dai vocaboli *erede* e *coerede*,adoperati negli art. 843 ed 857 — 762 e 776, per inferirne non essere applicabili al figlio naturale, il quale, in conformità dell'art. 756, non è *erede* (*supra*, n. 34).

2° Ne risulta eziandio la pruova abusarsi dell'art. 760, quando gli si dà una interpetrazione da cui emergerebbe avere il legislatore annientato, con l'articolo medesimo, la teorica da lui fermata nei precedenti articoli. Niente affatto; e tutto l'opposto! lo stesso art. 760 si riferisce *alle regole stabilite* nella sezione riguardante la collazione. Obbiettasi che tal rimando applicasi alle *cose* le quali debbono o pur no mettersi in collazione, e non *al modo* onde debbe seguire la collazione. Finalmente! E vero che tale sembra essere la formola letterale; ma essa disvela sempre la volontà del legislatore di assimigliare tale imputazione alla collazione. Di fatti l'art. 760 non ha per iscopo, in veruna guisa, di differenziare, sotto questo punto di veduta, la posizione del figlio naturale da quella dell'erede legittimo, ed imporre all'uno, sotto il nome d'imputazione, una obbligazione diversa da quella imposta all'altro sotto la denominazione di collazione. Di tal differenza non vi sarebbe alcuna specie di motivo! Il vero scopo dell' art. 760 si è dimostrare che la parte del figlio naturale non potrà aumentarsi con clausole di antiparte; cioè che questo figlio non potrà cumulare ciò che avesse ricevuto dai suoi genitori con la porzione ereditaria dalla legge attribuitagli.

3° Eh! Per qual ragione adunque il legislatore avrebbe qui formato, sotto il nome d'imputazione, un sistema novello e diverso da quello della collazione? Dalloz ne adduce il motivo che « *conservandogli così* (*al figlio naturale*), *i beni da lui ricevuti, si è avuto riguardo indubitatamente alla posizione affatto speciale di un figlio, il quale, privo di famiglia, trovasi per lo più ridotto all'unico mezzo della donazione fattagli.* » (*Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 339). Ma tal motivo ci pare di mediocrissima importanza, quando pongasi mente a tutte le conseguenze, ben diversamente gravi, di tal sistema d'imputazione. Di fatti nulla sarebbe più ineguale ed aleatorio! e ne conseguiterebbe quasi sempre che il figlio naturale otterrebbe ora più, ora meno di ciò che dovrebbe ottenere, secondo che l'immobile donatogli fosse aumentato o diminuito di valore, nello intervallo dalla donazione all' apertura della successione. E tali varii eventi produrrebbero spesso altresì le più flagranti disproporzioni tra la sua posizione e quella degli eredi legittimi. Quindi altri propugnatori di questo sistema d'imputazione ne hanno lealmente confessato la *ingiustizia e la incoerenza!* (Chabot, art. 760, n. 1).

Tal confessione compie la nostra dimostrazione!

Dunque conchiudiamo non esservi differenza tra la imputazione e la collazione (confr. arresti C. cass. 28 giugno 1831, Marast, Dev., 1831, 1, 18; 16 giugno 1847, Duval, Dev., 1847, I, 660; decis. C. di Agen 29 nov. 1847, Lescure, D., 1848, II, 39).

Conseguentemente, a parer nostro:

1° L' art. 856—775 è applicabile alla imputazione; ed il figlio naturale debbe i frutti e gl' interessi di ciò che ha ricevuto a principiare dal giorno dell'apertura della successio-

ne. L'art. 760, il quale sommette alla imputazione le cose sottoposte a collazione, sarebbe di per sè solo sufficiente a giustificare questa prima deduzione; dappoichè i frutti e gli interessi delle cose donate van soggetti a collazione, in conformità dell'art. 856. Indarno obbietterebbesi, nel sistema della imputazione, essere il figlio naturale divenuto sin dal giorno della donazione, proprietario incommutabile. Di fatti tale obbiezione nulla dimostrerebbe, eziandio in questo sistema; dappoichè l' erede legittimo diviene proprietario incommutabile dei mobili donatigli, dovendosene fare la collazione prendendo di meno (art. 868—787); e non pertanto l' erede donatario dei mobili dee sempre gl' interessi a computare dall' apertura della successione.

2° Gli art. 855, 859 e seg.—774, 778, relativi alla collazione degl' immobili, sono altresì applicabili alla imputazione. Precisamente in natura lo immobile donato al figlio naturale debbesi conferire nella eredità: dalle quali cose conseguita che l' aumento o la deteriorazione, ovvero la perdita totale, per caso fortuito, vanno in ultima analisi in vantaggio o in detrimento della stessa eredità.

3° L' art. 857 è quindi eziandio applicabile;e la *imputazione* non è dovuta ai creditori nè ai legarii.

4° Il figlio naturale potrebbe, rinunziando alla eredità, conservare la donazione o reclamare il legato fattogli, se il dono o il legato medesimo non eccedesse ciò che gli viene attribuito nel titolo delle successioni (articolo 845 e 908—764 ed 824: confr. decis. C. di Bordò 6 ag. 1827, Mentout,D.,*Rac. alfab.* v. *Success.* n. 345).

100. — Fermando, con la precedente dimostrazione, che il figlio naturale debba la collazione agli eredi legittimi, sia prendendo di meno pei mobili, sia in natura per gl' immobili, abbiamo contemporaneamente stabilito esser dovuta la collazione eziandio dagli eredi legittimi al figlio naturale, sia prendendo di meno,sia in natura, secondo i casi.

Nulladimeno questa ultima proposizione viene eziandio gravemente oppugnata; ed ha pure fatto sorgere, nel campo de' propugnatori dell' opposto sistema, a tanti piccoli scismi che noi possiamo affermare esser tutte coteste intestine discordie una pruova di più della mal ferma base comune di tal sistema (*supra*, n. 97.

Così primamente taluni di essi han preteso non essere la collazione assolutamente dovuta al figlio naturale nè in natura, nè prendendo di meno! (Toullier, t. II, n. 258; Loiseau, p. 695.) Come se tal soluzione non fosse totalmente opposta all' art. 757! (*supra*, n. 31).

Altri hanno insegnato che il figlio naturale poteva dimandare la collezione de' legati e non quella delle donazioni tra vivi, per modo che le cose donate tra vivi all' erede non dovrebbero neppure riunirsi fittiziamente alla massa per determinare la sua porzione ereditaria! (Delvincourt, t. II, p. 22, nota 5).

Finalmente altri han distinto le donazioni anteriori al riconoscimento del figlio dalle donazioni posteriori al riconoscimento medesimo, per sommettere queste soltanto alla collazione da parte degli eredi legittimi (confr. Grenier, *delle Donaz.* t. II, n. 665; Poujol, art. 756, n. 14; Richefort, t. II, n. 548; Cadrès, *dei figli naturali*, n. 221; Loiseau, p. 698).

Ma è manifesto che poggiando tali illazioni su l' art. 756, il quale dichiara che il figlio naturale ha diritto *su' beni del padre o della madre defunti* si attribuisce a questa espressione un significato assai diverso dal vero, e si dà luogo ad una soluzione inconciliabile con l' art. 757 (Confr. decis. C. di Rouen 27 genn. 1844, Duval, Dev.. 1844, II, 534; arresto C. cass. 16 giugno 1847, stesse parti, Dev. 1847, I, 660; e *supra*, n. 16 *bis*.

Fra coloro i quali avvisano che il figlio naturale ha diritto alla collazione molti soggiungono che egli non può nulladimeno giammai richiederla se non prendendo di meno,eziandio riguardo agl' immobili (confr. decis. C. di Parigi,5 giugno 1826,Bottot-Duménil, Sirey, 1829 II,229; Demante, t. III, n. 76 *bis*, II). Ma lo unico motivo,su cui poggiasi la soluzione medesima, cioè « che lo stesso figlio naturale,essendo tenuto,a norma dell'art.760, alla imputazione di ciò che abbia ricevuto, non sarebbe giusto che avesse contro gli altri, un più ampio diritto, » non potrebbe essere concludente, sia perchè il figlio naturale può per contrario, come dimostrammo, venire astretto dagli altri alla collazione in natura,sia perchè, ammettendo andar sottoposto alla imputazione, sarebbe questa una disposizione eccezionale da non potersi estendere (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 521).

Da ultimo Demante, sommo giureconsulto, nostro esimio e prediletto maestro, del quale compiangiamo ora la perdita, con tutti gli amatori della bella scienza del diritto, di cui

era uno de' più valorosi interpetri, propose una distinzione, a norma di cui la collazione sarebbe dovuta al figlio naturale da' discendenti legittimi, e per contrario non gli andrebbe dovuta dagli altri eredi, ascendenti o collaterali. Il motivo di tal distinzione si desume dalla circostanza « sol quando il figlio naturale concorra con uno o più figli legittimi, il suo diritto avere per tipo la misura di una *porzione* ereditaria: or, è manifesto, dicesi, che la porzione ereditaria, cho avrebbe allora conseguita, se fosse stato legittimo, sarebbesi trovata ampliata dalle collazioni dovute dagli altri figli; ma tal ragionamento, non è applicabile, quando il figlio naturale concorra con altri eredi che avrebbe escluso se fosse stato legittimo;avvegnachè tal classe di parenti, i quali allora non sarebbero succeduti,non sarebbero stati tenuti a conferirvi le liberalità ricevute dal defunto. » E da ciò viene inferito che il figlio naturale, il quale non è loro coerede,ed il quale, per effetto di alcuna finzione, non si colloca qui ne' termini dell' art. 857, non potrebbe dimandar loro la collazione, nè cavar vantaggio da quelle che sarebbero tenuti fare tra essi. Dunque l' unico suo dritto sarebbe, per compiere la sua riserva, dimandare agli eredi come ad ogni altro la imputazione su la quota disponibile e la riduzione alla quota medesima (Demante, t. III, n. 76 *bis*).

Per quanto ingegnoso possa sembrare cotesto sistema, avvisiamo non essere ben fondato: di fatti esso poggia su la supposizione avere l'art. 757 stabilito, pel determinamento de' diritti successori del figlio naturale, due modi diversi di formare la massa dei beni; cioè l' uno da osservare quando concorrerebbe con discendenti legittimi; l'altro quando concorrerebbe con ascendenti o collaterali: or, a dir vero, tal supposizione non è da ammettere. Lo intendimento predominante dello intero articolo si è per contrario il considerare sempre fittiziamente il figlio naturale come un coerede legittimo di più, sieno qualunque quelli fra gli eredi legittimi con cui concorre. È ben vero che l'art. 757 adopera il vocabolo *porzione* pel caso in cui il figlio naturale concorra con discendenti legittimi; con cui sarebbe di fatti concorso, se esso medesimo fosse stato legittimo; mentre non l'adopera e non poteva, dicesi, adoperarlo., quando il figlio naturale concorra con altri parenti, che avrebbe totalmento esclusi, se fosse stato legittimo. Ma cotesta formola, la quale non ci ha altronde impedito di dare, con lo stesso Demante, una soluzione che il *senso letterale* sembrava poco comportare (*supra*, n. 66), neppure debbe qui menarci ad inconseguenze che il legislatore non ha al certo inteso comprendorvi. Di fatti ne conseguiterebbe, da un lato, che il figlio naturale avrebbe contro i figli legittimi maggiori diritti che contro gli ascendenti ed i collaterali, potendo astringere alla collazione i primi e non mai gli altri; e d'altro lato, che i genitori del figlio naturale non potrebbero più fare donazioni ai loro ascendenti o a' loro collaterali, mercè semplice anticipazione di eredità; dappoichè ogni liberalità, fatta loro tra vivi, di necessità scemerebbe di altrettanto la porzione ereditaria del figlio naturale: or tali conseguenze al certo sarebbero infinilamente spiacevoli!

Dunque eliminiamo, per quanto ci riguarda, tutte le emende e tutte le distinzioni precedenti; e conchiudiamo esser la collazione dovuta, in tutti i casi, dagli eredi legittimi al figlio naturale (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Riserva*, sez. IV, n. 19.)

101. — Quando più sieno i figli naturali, ciascun di essi debba imputare, in conformità dell'art. 760, su ciò che abbia diritto di pretendere, tutto ciò che abbia ricevuto.

Se non che può dimandarsi in qual modo dovrebbe farsi il determinamento fra gli eredi legittimi ed i figli naturali, se uno o più di costoro rinunziassero alla eredità, ovvero si limitassero soltanto a nulla dimandarvi.

Per esempio, si è addotta la seguente ipotesi: son quattro i figli naturali ed alcuni fratelli legittimi del *de cujus*: due de' figli che han ricevuto ciascuno 3000 fr. rinunziano alla eredità: il *de cujus* ha lasciato, in tempo di sua morte 12,000 fr., dedotti tutti i debiti; e conseguentemente, coi 6000 fr. donati ai due figli naturali, la massa totale è di 18,000 fr. La metà, spettante ai quattro figli naturali, essendo allora di 9000 fr. (art. 757—674), è manifesto che ciascuno dei due figli i quali han ricevuto 3000 fr. ha ricevuto 750 fr. di più di ciò che poteva ricevere, nel totale 15,00 fr.

Ebbene! in qual modo si farà, trai due altri figli naturali ed i fratelli legittimi, la ripartizione di questi 1500 fr. sottoposti ad imputazione?

Si sosterrà forse che i fratelli dovranno rilasciare ai due altri figli naturali un valore di 3000 fr. per compiere i 9000 fr. da spet-

tare a tutti i figli naturali congiuntamente? Ma tal metodo produrrebbe il risultamento di far soggiacere i due altri figli naturali esclusivamente alla perdita che potrebbe risultare dalla insolvibilità dei due figli che abbiano ricevuto i 6000 fr.: or questo risultamento torna inammissibile, sia perchè la imputazione, o piuttosto la collazione, è dovuta dai due figli naturali, non solo ai due altri figli naturali, ma alla stessa successione, val dire a tutti i successibili; sia perchè, se la sola metà dei beni debba allora devolversi a tutti i figli naturali congiuntamente, e se la porzione, sotto questo rapporto, è una per tutti, ciascun di essi ha sempre diritti individuali e distinti alla porzione da spettargli.

E da cotesto motivo risulta che i 1500 fr. ricevuti di più dai due figli naturali, debbonsi fittiziamente computare nella massa, e, in caso d'insolvibilità, la perdita debbesi sopportare dalla massa medesima, o in altri termini proporzionatamente dai fratelli e sorelle e dagli altri figli naturali (confr. Duranton, t. VI, n. 297).

102. — Converrebbe forse applicare gli art. 760 e 908 — 676 ed 824, nel caso in cui il *de cujus* lasciasse per suoi successori più figli naturali, senza alcun parente in grado di succedere?

Quello o quelli trai figli naturali, cui il loro autore avesse fatto liberalità, sarebbero forse di necessità tenuti d'imputare su ciò che avessero diritto di pretondere, *tutto* ciò che avessero ricevuto, anche quando ne fossero stati esonerati o rinunziassero alla eredità?

L'affermativa sembra essersi giudicata per massima dalla corte di Tolosa con decisione del dì 8 feb. 1840 (Azéma, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 335; confr. pure Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 521).

Ma crederemmo piuttosto doversi allora pienamente tornare al diritto comune, e conseguentemente applicare, senza alcuna distinzione, tutte le regole della collazione, eziandio quelle a norma di cui il successibile non vi è tenuto (nei limiti per altro della porzione disponibile), in caso di esenzione o di rinunzia (art. 843, 844, 845 — 762, 763, 764).

1° Di fatti l'art. 908 il quale dichiara che i figli naturali non potranno, per donazione tra vivi o per testamento, nulla ricevere oltre ciò che è loro attribuito nel titolo *delle Successioni*, constituisce, con l'art. 760, come testè osservammo, il correlativo e la sanzione degli art. 757 e 759, i quali hanno per iscopo di garentire i diritti della famiglia legittima;

Or, si suppone che il *de cujus* non abbia lasciato alcun parente legittimo, e conseguentemente gli art. 757 e 759 sono inapplicabili;

Dunque gli art. 760 e 908, i quali constituiscono la sanzione delle regole fermate in detti articoli, tornano altresì di necessità inapplicabili.

L'unica disposizione, la quale possa, in tal caso, venire applicata, si è l'art. 758—674, val dire una disposizione cui non si riferiscono menomamente gli art. 760 e 908; dappoichè attribuisce, senza veruna restituzione, la totalità dei beni ai figli naturali.

2° Non solo il testo della legge torna qui insufficiente; ma è manifesto che i suoi motivi svanissero altresì assolutamente; avvegnachè le gravi considerazioni di ordine sociale richieggono che la onoranza del matrimonio ed i diritti della famiglia vengano preservati dai travismenti e dalle debolezze dei genitori pei loro figli naturali, ad evidenza non esistono più, quando trattisi di determinare i diritti rispettivi dei figli naturali gli uni riguardo agli altri.

3° Finalmente la opposta dottrina produrrebbe il risultamento pochissimo conseguente al certo col sistema del Codice, ed il quale sarebbe esso medesimo sommamente dispiacevole, cioè che, mentre i genitori legittimi possono vantaggiare uno dei *loro figli* (art. 843, 844, 845, 919—762, 763, 764, 835), i genitori naturali non potrebbero per contrario in veruna guisa, per qualsivoglia motivo, eziandio il più grave ed equo, vantaggiare uno dei loro figli!

Tutti questi argomenti ci indicano a divisare che il miglior partito, in simil caso, sarebbe il tornare pienamente al diritto comune delle collazioni (confr. Demante, t. III, n. 80 *bis*, IV, nota 1; Ducourroy, Bonnier e Ronstaing, t. II, n. 522.)

103. — Dunque la perdita del figlio naturale non può venire accresciuta.

Ma il legislatore permette, per contrario, che venga diminuita.

Anzi i genitori del figlio naturale possono ridurre la sua porzione in due diverse maniere:

A. — Sia direttamente ed espressamente, in forza della speciale disposizione dell'articolo 761;

B. — Sia indirettamente e tacitamente, in forza del diritto comune su la facoltà di disporre a titolo gratuito.

404. — A. L'art. 761 è concepnto così:

« È ad essi proibito qualunque reclamo, « quando, durante la vita del loro padre o « madre, abbiano ricevuto la metà di quanto è « ai medesimi figli assegnato negli articoli « precedenti, con l' espressa dichiarazione « per parte degli stessi genitori, che sia loro « intenzione di limitare la porzione del figlio « naturale a quella soltanto che gli hanno « dato.

« Nel caso in cui questa porzione fosse in« feriore alla metà di ciò che dovrebbe rice« vere il figlio naturale, questi non potrà re« clamare che il supplimento necessario a « compire questa metà. »

Diciamo esser questa una disposizione speciale ed eziandio affatto eccezionale: di fatti la novella legislazione, a differenza dell' antica giurisprudenza, non ammette la diredazione propriamente detta, mercè di cui il diritto degli eredi poteva venire un tempo direttamente ristretto o annientato dal *de cujus* (*ved.* il t. 1 di questo trattato, n. 215). Ciascuno può indubitatamente disporre a titolo gratuito dei suoi beni disponibili, a pro di un estraneo, ovvero a pro di uno o più dei suoi eredi, a titolo di prelegato ed antiparte; ed i diritti degli eredi non vantaggiati possono quindi trovarsi diminuiti oppure annientati (art. 843, 845, 919—762, 764, 835). Ma questa specie di totale o parziale *diredazione* è il risultamento indiretto e tacito delle liberalità fatte a pro di altre persone; e non potrebbe ordinarsi direttamente contra uno degli eredi presuntivi, anche quando il *de cujus* avesse fatto a tale erede presuntivo, nel corso di sua vita, una donazione sotto la condizione da lui accettata di non poter nulla dimandare di più nella sua futura eredità (articolo 791, 1130—708, 1084).

Ebbene! per contrario, la parte del figlio naturale può venir quindi diminuita direttamente ed espressamente nel corso della vita dei suoi genitori.

Il predetto art. 761 è di novello diritto; e la idea interamente se ne appartiene ai compilatori del Codice. Laonde, come accade, in generale, per le nuove leggi, le quali non riferisconsi a principii già noti, e le cui conseguenze han potuto valutarsi in pratica, tal disposizione ha dato luogo a molte quistioni e quistioni tanto più gravi in quanto che forse il carattere di tale innovamento, al pari delle sue varie conseguenze, non trovansi sufficientemente determinati dal teste in disamina.

405. — E dapprima si è mossa quistione in qual modo dovesse eseguirsi il predetto articolo:

Se mercè donazione tra vivi del padre o della madre al figlio naturale della metà di ciò che dovrebbe un giorno spettargli; donazione la quale conseguentemente richiederebbe l' accettazione dello stesso figliuolo?

Ovvero, per contrario, se fosse questa una *disposizione*, un' *attribuzione*, la quale potrebbe farsi, senza il consenso del figlio, ed anche ad onta del suo rifiuto, dai genitori, di unica loro volontà?

E su questa prima quistione, cotanto capitale e pratica, le divergenze son pure oggidì gravissime.

Un partito considerevole in dottrina insegna che il consenso del figlio non è necessario; dobbiamo aggiugnere che la stessa giurisprudenza va sempre più fermandosi in tal senso:

1° Il precipuo motivo di questa soluzione viene attinto nei lavori preparatorii del Codice su l' art. 761: e segnatamente invocansi i seguenti luoghi dei discorsi di Siméon e di Chabot.

Il tribuno Siméon, nel 29 germile anno XI, così si espresse avanti al Corpo Legislativo:

« Se, per la tranquillità ed il riposo della propria famiglia, abbiano avuto cura i genitori di estinguere, durante lor vita, il proprio debito verso il figlio naturale; se, anticipatamente soddisfacendolo, abbiano dichiarato non volere che venisse, morti essi, a turbare la successione, il Codice manterrà tal disposizione, anche quando questa anticipata donazione giugnesse alla metà del credito; ma se la donazione fosse minore della metà, il figlio potrebbe dimandarne il supplemento...

« Simigliante donazione è utile pel figlio naturale, che essa fa godere più presto, e per la famiglia, che essa esonera da un credito odioso: è plausibile mantenerla, ma sotto l' equa condizione che essa non sarà stata eccessivamente lesiva... »

E da parte sua, nel rapporto al Tribunato nel 26 germile anno XI, Chabot parimente affermava che « era convenevole lasciare ai genitori cotesta facoltà, la quale riterrà i fi-

gli nei doveri della pietà filiale » (Fenet, t. XII, p. 194 e 231).

Di qui emerge, dicesi, che lo scopo del legislatore, nell' art. 761, è stato di conferire ai genitori la facoltà di spogliare il figlio naturale di ogni partecipazione alla divisione della loro eredità, sia per preservare così la famiglia legittima dalla concorrenza sempre spiacevole di un tal successore e dalle quistioni e dai conflitti che potrebbero conseguitarne; sia per ritenere nel dovere lo stesso figlio naturale, mercè il timore di questa riduzione;

Or questa facoltà tornerebbe affatto illusoria, se dipendesse dal figlio naturale impedirne lo esercizio col suo rifiuto;

Dunque il legislatore non ha dovuto ad evidenza subordinarla alla condizione della sua accettazione; ed è questo il motivo per cui ne ha formato un attributo della patria potestà; talchè, quando i genitori esercitano il diritto lor conferito dall' art. 761, fanno di fatti uso della patria potestà e dell'autorità domestica: ed appunto in questo senso il tribuno Siméon affermava che possono *estinguere*, durante lor vita, *il proprio debito*, anticipatamente soddisfacendolo, e, se *abbian dichiarato* volere che il figlio naturale non venisse, morti essi, a turbare la loro successione, il Codice manterrà *questa disposizione*.

2° Si aggiugne che il testo medesimo dell'art. 761 riproduce tale intendimento del legislatore, nel dichiarare che i figli naturali non potranno dimandare nulla, quando avranno ricevuto..., *con l'espressa dichiarazione per parte degli stessi genitori che sia loro intenzione* di limitare la porzione del figlio naturale a quella soltanto *che gli hanno dato*: tutte le quali espressioni suppongono lo esempio di una facoltà meramente unilaterale e suprema (Confr. decis: C. di Douai 27 feb. 1834, P..., D. 1834-2-177; arresto C. cass. 21 apr. 1835, Growal, D. 1835-1-225; decis. C. di Tolosa 29 apr. 1845, Rollindes, Dev. 1846-2-49; arresto C. cass. 31 ag. 1847, stesse parti, Dev., 1847-1-785; decis. C. di Metz 27 gennajo 1853, Lanher, Dev., 1854-2, 721; Toullier, t. II, n. 262; Duranton, t. VI, n. 304, 305; Belost-Jolimont sopra Chabot art. 761; nota II; Taulier, t. III, p. 191, 192: Cadrès, n. 200; Rodière, *Rivista di legisl.*, t. III, p. 468; Pont, *Rivista di legisl.* nuova serie, t. IV, p. 88; *Osservaz. sul giudicato del 31 ag.* 1847, Dev. 1837, 1, 787, e nel *Diritto* del 24 sett. 1856; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.* n. 326).

Adonta della grave autorità di tali suffragi, non sapremmo ammettere cotesta dottrina; ed avvisiamo poter dimostrare esser contraria: 1° Al testo medesimo della legge; 2° ai più indubitati principii del diritto civile; 3° ed altresì al vero intendimento dei compilatori dell' art. 761, come emerge dagli invocati discorsi.

1° A norma del testo dell'art. 761 ogni reclamo è inibito al figlio naturale ed ai suoi discendenti, *quando abbiano ricevuto*, durante la vita del padre o della madre loro, la metà, ec.;

Or, da un lato il verbo *ricevere* non può ad evidenza dinotare, in questo articolo, altro che *acquistare* la proprietà dei valori formanti la metà che i genitori trasmettono al proprio figlio: e d' altro lato la proprietà non può acquistarsi tra vivi, *inter partes*, senza i rispettivi consensi del *tradens* e dell' *accipiens*;

Dunque il testo medesimo richiede, così esprimendosi, il consenso e l' accettazione del figlio.

È tanto più indubitato esser questo il senso del vocabolo *ricevuto*, adoperato nell' articolo 761, in quanto che lo stesso vocabolo trovasi, per confessione di tutti, adoperato in tal senso dall' art. 760; e non potrebbesi ammettere che il legislatore abbia adoperato, nei due susseguenti articoli, lo stesso vocabolo in due significati diversi ed opposti! Tutto il contrario: gli art. 760 e 761 riguardano la stessa ipotesi, cioè quella in cui il figlio naturale abbia ricevuto donazioni tra vivi dai suoi genitori; e l' unica differenza fra l' uno e l' altro si è che il primo, l' art. 760, tratta del caso in cui i genitori naturali volessero, mercè tali donazioni, *aumentare* la parte del figlio, mentre il secondo, l' art. 761, tratta del caso in cui volessero, per contrario, *diminuirla*. Ma, in entrambi i casi, trattasi di donazione tra vivi, da accettarsi dal figlio: tal proposizione, ripetiamolo, è incontrastabile nell' art. 760 (*ved.* art. 908): or l' art. 761 forma seguela e si annoda all' art. 760; regola un altro aspetto della stessa ipotesi, e la regola assolutamente negli stessi termini. Indarno pretendesi argomentare, in senso opposto, dai vocaboli *dichiarazione*, *intenzione*, adoperati altresì nell' art. 761. Di fatti, che mai ne emerge? che i genitori, i quali offrono tal donazione al proprio figlio, posso-

no dichiarare, nell' offrirgliela, che loro *intendimento* si è venirne soddisfatto per tutti i suoi diritti, e che conseguentemente intendono fargli la donazione sotto questa condizione. Eh! induhitatamente! possono dichiarare apporre tal condizione alla loro donazione; ma ad evidenza non conseguita che la donazione tra vivi, fatta con questa dichiarazione, non sia una donazione tra vivi!

Ecco quanto risguarda il testo: esso ci sembra positivo.

2° E questo testo è perfettamente unisono ai principii generali del diritto civile; o piuttosto, per meglio esprimersi, veniva imposto al legislatore dalla forza medesima di tali principii.

Di fatti la proprietà dei beni si acquista e trasmette per taluni modi determinati e definiti, senza i quali torna impossibile trasferirsi.

Or trattasi, nella proposta quistione, di un modo di trasmissione e di acquisto tra vivi, da poter seguire mercè la convenzione delle parti, val dire mercè i loro reciproci consensi (art. 1101 e 1108—1055 e 1062), e che anzi richiede tanto più l'accettazione di chi riceva, in quanto che tale rilascio, avendo luogo a titolo gratuito, constituisce una vera donazione (art. 932—856).

Diversamente, si dica adunque in forza di qual modo la proprietà verrà trasmessa, nel caso contemplato con l'art. 762, dai genitori al figlio!

È uopo ravvisare, in questo luogo, gl' impacci e lo contraddizioni della dottrina da noi oppugnata!

Di fatti che farà mai, se il figlio si neghi a ricevere? ed in qual modo giugnerà a fargli acquistare, malgrado suo e quando voglia, la proprietà?

Alcuni han risposto che il figlio è un creditore, e che i genitori son debitori; ed ammettono che costoro faranno offerte, e che il magistrato le dichiarerà valide ed ordinerà che i beni offerti saranno sottoposti a sequestro o ad altro modo di custodia, secondo la natura loro e le circostanze! — È ben vero che Siméon, nel precitato suo discorso, ha adoperato i vocaboli *debito* e *credito* ed *estinzione*; ma è manifesto esser questo, se lice così esprimersi, *un pessimo codazzo* della falsa dottrina del *credito* proscritta dallo stesso legislatore. No! il figlio naturale non è un creditore; è un successore, irregolare indubitatamente, ma vero successore *loco heredis*. Or i beni possono trasmettersi da una persona al suo futuro successibile, a titolo di anticipazione di eredità solo mercè donazione tra vivi (confr. art. 711, 843, 919, 1076—632, 762, 1032).

E precisamente ciò altri hau riconosciuto; ma han soggiunto che, in caso di rifiuto da parte del figlio, o del suo tutore, se fosse minore, i magistrati potrebbero non accettare per lui una donazione che non voglia (*ciò sarebbe*, dice Duranton, *opposto ai principii*), ma dichiarare le offerte del padre valide e *far le veci della donazione che il figlio non vuole* (t. VI, n. 305). — Ma a dir vero forse questo ultimo spediente non è ancora più manifestamente contrario ai principii? Come! i magistrati dichiarerebbero che il figlio è divenuto donatario, quando non abbia accettato, e conseguentemente non siavi stata donazione? Ma ciò torna impossibile!

Quindi si è giunto sino ad affermare che questo rilascio fatto dal padre o dalla madre di una porzione dei suoi beni è, *nella verità delle cose, una disposizione testamentaria anticipata nella sua esecuzione* (Pont *Osserv. in Dev.* 1847, 1, 791, nota 3). — Una disposizione *testamentaria irrevocabile* e da eseguire *nel corso della vita del testatore*! come mai immaginarsi! (Art. 895—815).

Finalmente altri propugnatori di cotesta dottrina positivamente dichiarano che se il figlio naturale si neghi a ricevere, non puossi di fatti astriugervelo; *che è suo diritto non accettare la donazione fattagli, del pari che può rinunziare ai suoi diritti su la eredità del padre; ma che questa mancanza di accettazione, la quale equivarrebbe ad una rinunzia, non può ledere i diritti del padre* (Massé e Vergé, t. II, p. 279). — Ma ciò è molto più impossibile; dappoichè l'art. 761 prefigge per condizione positiva alla diminuzione dei diritti futuri del figlio lo aver *ricevuto* effettivamente, nel corso della vita del suo autore, la metà di ciò che doveva spettargli.

No! Non può qui reggere il sistema il quale pretende che l'accettazione del figlio non è necessaria; e non giugnerà mai a rinvenire un mezzo legale di *conferir la proprietà* al figlio il quale si neghi a ricevere ed acquistare; avvegnachè tale suprema attribuzione della proprietà mercè la onnipotenza di una volontà unica non corrisponde ad alcuno dei modi di acquistare, soli ammessi dal nostro diritto.

Si è obbiettato che, nel nostro sistema, tal consenso dato dal figlio constituirebbe un patto sopra una successione futura! Eh! indubitatamente; ma la stessa legge apporta qui una eccezione agli art. 791 e 1130—708 e 1084. Di fatti è manifesto che l'articolo 761 constituisce, in tutti i sistemi una evidente derogazione alla regola, la quale vieta ogni stipulazione sopra una successione non aperta; anzi tal derogazione sarebbe molto più esorbitante, secondo il sistema da noi oppugnato; dappoichè non solo permetterebbe al padre o alla madre di privare direttamente mercè la semplice sua dichiarazione il figlio di una parte dei suoi diritti successorii futuri; ma scrollerebbe sin dalle fondamenta tutti i principii sui modi di acquistare.

La corte di Tolosa, nella decisione del 29 aprile 1845, ha pure obbiettato che: « se il legislatore avesse inteso permettere un contratto..., non gli sarebbe stato mestieri prefiggere un limite oltre il quale non potrebbe discendere la riduzione della quota attribuita al figlio; che sarebbe stato sufficiente rimettersi alle due parti di età maggiore e godenti i loro diritti, le quali avrebbero potuto perfettamente determinare sino a qual punto era interesse del figlio scendere la riduzione, avuto riguardo ai vantaggi dell' attuale immissione in possesso. » (Rollindes, Dev., 1846 II, 53). Ma, per contrario, chi non iscorge che il legislatore, il quale permetteva per eccezione questa specie di rinunzia alla successione futura del padre o della madre, aveva simultaneamente il diritto ed il dovere di determinare l' ampiezza del sacrifizio cui il figlio naturale potrebbe consentire: di fatti le più gravi considerazioni di equità e di umanità richiedevano che garentisse, in tale occasione, avverso la propria debolezza, cotesto figlio, il cui avvenire avrebbe potuto spesso andare incontro a condizioni tanto più dure, in quanto che da un lato, d' ordinario trovasi privo di mezzi, e, d' altro lato, vedesi in presenza dei genitori, verso di cui il suo consenso forse non avrebbe avuto sempre tutta la desiderabile libertà; e con molta saggezza il legislatore ha voluto che tali condizioni non possono validamente accettarsi dallo stesso figliuolo, quando fossero *eccessivamente lesive*.

Comprendiamo sostenersi che il padre o la madre, per assicurare gli alimenti, durante sua vita, al figliuolo adulterino o incestuoso, non abbisogna del consenso di costui; ma il testo de'due art. 764 e 761 trovasi di fatti in modo assai divorso compilato; ed i diritti di queste due classi di figli sono di ben diversa natura (*infra*, n. 130).

3° Da ultimo abbiam detto che la dottrina da noi propugnata è unisona al pensiero che ha inspirato l'art. 761; e la pruova ne discende dagli stessi lavori preparatori, in cui nulladimeno la opposta dottrina ha preteso rinvenire il suo precipuo sostegno.

Premieramente, circa il carattere della operazione permessa dall'art. 761 ed il modo di trasmissione da adoperare per effettuarla, lo stesso Siméon, nel su citato luogo, dichiara positivamente e più volte, esser questo un *dono anticipato, un dono, una donazione*; e di fatti il vocabolo *donare* trovasi adoperato ne'progetti anteriori alla diffinitiva compilazione: vi si leggeva che il figlio naturale è in obbligo contentarsi di ciò che il padre o la madre *gli abbia donato*, *durante sua vita*, *quante volte donando*, avrà espressa la intenzione di estinguere il proprio debito verso il figliuolo, e le *cose donate* non saranno inferiori, ... ec. (Fenet, tomo II, pagine 434 e 564).

E circa lo scopo cui gli autori del Codice han mirato con l' art. 764, essi medesimi il dichiarano altresì in termini oltremisura espliciti:

« Simigliante *donazione*, dice Siméon, è utile pel figlio naturale, che essa fa godere più presto, e per la famiglia, *che* essa *libera* da un odioso creditore (*loc. supra*). »

Quindi non si è voluto semplicemente favorire la famiglia legittima: lo scopo cui si è mirato si è il somministrare ai genitori un mezzo di conciliare i rispettivi interessi della famiglia e dello stesso figlio naturale, il quale rinverrà, in un anticipato godimento, il compenso della diminuzione dei suoi futuri diritti ed il quale avrà quasi sempre interesse ad accettare. Ecco lo intendimento da cui muove l'articolo in esame, e lo scopo cui mira. Indubitatamente comprenderebbesi, in legislazione, un sistema, a norma di cui il padre o la madre avesse la facoltà di attribuire, nel corso di sua vita, mercè la semplice volontà sua, una porzione de'propri beni al figliuolo naturale. Ma, a prescindere dall'essere cotesto sistema affatto eccezionale, e dal dipartirsi siffattamente da tutti i principi da abbisognare di venire positivamente stabilito, in quanto a noi, avvisiamo offrire

moltiplici inconvenienti, e raggiugnere al certo lo scopo molto meno det moderato e conciliante sistema seguitato dal Codice.

Di fatti quando esclamasi avverso la nostra dottrina, quando dicesi che, richiedendo l'accettazione del figlio, rendiamo impossibile lo esercizio del diritto conceduto a' genitori, risponderemo primamente che lo interesse del figlio, d'ordinario privo di mezzi, ad accettare tale anticipazione, ci garentisce quasi sempre la sua accettazione; e precisamente perchè avrà di fatto quasi sempre interessi ad accettare, Chabot ha potuto affermare che tal facoltà conceduta a' genitori riterrà i figli, interessati ad ottenerla, ne' doveri della pietà filiale. E finalmente, se il figlio naturale si neghi, il padre o la madre, dal lato suo, può valersi del proprio diritto, diritto assoluto, quello! di ridurre alla riserva, dopo sua morte, il figlio il quale non avrà voluto appagare il suo voto.

Altronde i propugnatori della opposta dottrina, a parer nostro, sommamente s' illudono, se credono che raggiugneranno meglio il loro scopo mercè la coartazione. Ob! no al certo! Ravviseremo che il figlio medesimo il quale abbia ricevuto, durante la vita de' suoi genitori, la metà approssimativamente de' suoi diritti futuri, può, nel momento dell' apertura della successione, dimandare un supplemento, se pretende ciò che abbia ricevuto esser minore di questa metà: era questo indubitatamente un provvedimento necessario; ma non conviene dissimulare essere singolarmente di natura da porre a rischio lo scopo cui miravasi, il quale era precisamente lo eliminare dalla successione lo intervento tanto spiacevole del figlio naturale. Nulladimeno si è potuto sperare che il figlio medesimo, il quale avesse volontariamente ricevuto la metà de' suoi diritti anticipatamente, rispetterebbe la propria obbligazione; ma, se per contrario, suo malgrado e violentemente, fosse seguita la riduzione, puossene avere la certezza! il figlio naturale non mancherebbe mai, in tempo della morte, di pretendere che quanto i suoi genitori abbiano rilasciato (a dir vero non possiamo affermare *quanto abbia egli ricevuto*!) non equivale alla metà di quanto dovevagli spettare, e precisamente allora il voto della legge troverebbesi quasi sempre deluso!

La necessità dell'accettazione, da parte del figlio, il quale esaminerà egli medesimo se la offerta fattagli sia consentanea al suo interesse, è pure una salutare garentia che i genitori non abuseranno di cotesta facoltà di riduzione; che non cederanno agl'impulsi ed alle esigenze della famiglia legittima, la quale potrebbe, nell'opposto sistema, sorprendere ovvero forse strappare alla loro declinante vecchiezza una tarda dichiarazion di riduzione, la quale non offrirebbe al figlio un sufficiente compensamento; anzi è mestieri aggiugnere essere cotesta garentia indispensabile per impedire che la donazione medesima divenga eccessivamente lesiva in detrimento del figlio.

Dunque conchiudiamo che la riduzione permessa con l' art. 761 può seguire mercè donazione tra vivi, nelle forme ordinarie di tale atto, e conseguentemente con l' accettazione da parte del figlio (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Riserva*, sez. IV, n. 18; Delvincourt, t. II, p. 22, n. 3; Chabot, art. 961, n. 3; Favard, v, *Success.*, § 1; Grenier, *delle Donaz*, t. II, n. 675; Marcadé, art. 761, n. 2; Poujol, *eod.*, n. 3 e 9; Richefort, t. III, n. 423; Vazeille, art. 761, n. 7; Malpel, n. 163; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 245; Duvergier sopra Taulier, t. II, n. 262, nota *a*; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 524; Demante, t. III, n. 80 *bis*, I.)

106. — Nel sistema da noi oppugnato, a norma di cui la riduzione potrebbe seguire mercè la sola volontà del padre o della madre si giugne sino a statuir che la dichiarazione del padre o della madre della sua intenzione di ridurre il figlio naturale alla metà dei suoi diritti non abbisogna di farsi nell' atto medesimo racchiudente la donazione, e che può farsi con atto posteriore (confr. decisione C. di Parigi 2 gennajo 1819, Compiguy, D., *Rac. alfab*,, v. *Success.*, numero 328; di Tolosa 29 apr. 1845, Rollindes, Dev. 1846, II, 49; arresto C. cass. 31 ago. 1847, stesse parti, Dev., 1847, I, 785; Duranton, t. VI. n. 304; Massé e Vergé, t. II, p. 278.)

Ma a dir vero forse il testo medesimo dell'art. 761 non richiede per contrario la simultaneità della donazione e della dichiarazione, dichiarando che il figlio naturale non può reclamare, *quando abbia ricevuto... con dichiarazione espressa*! Forse tal dichiarazione, la quale forma una condizione della donazione ed è constitutiva di essa, *id quod condit*, non debbesi fare contemporaneamente ad essa? ed è forse lecito che il donante apponga immediatamente nell' atto una condizione che ne modifichi sì gravemente il carattere e gli effetti! Altronde come mai com-

prendere in diritto, in logica, cotesta astratta dichiarazione, non accompagnata da verun rilascio, non fornita di alcuna base! È vero che la legge permette una dichiarazione di questo genere, ma come incremento di una donazione anteriore, o piuttosto come donazione novella (art. 919 — 835); ma nessun testo permette diminuire e snaturare così una donazione anteriore, in detrimento del diritto irrevocabilmente acquistato dal donatario! (art. 894, 1052 — 814 e 1008). Sarebbe questa una specie di diredazione pura e semplice dal nostro Codice non ammessa. E pongasi mente che se così avvenisse, tal diredazione dei figli naturali potrebbe seguire di poi in ogni tempo, ed eziandio per testamento!

Del resto, nel sistema da noi propugnato ed il quale richiede l'accettazione del figlio, è manifesto che il padre o la madre non potrebbe simultaneamente, mercè la semplice volontà sua, aggiugnere tal condizione alla donazione tra vivi dal figlio naturale accettata come pura e semplice. I principii del diritto vi si oppongono, ed eziandio l'equità e la buona fede, i quali non permettono che la donazione accettata dal figlio divenga per lui una vera insidia.

Ma noi ci sospingeremo più oltre; ed avviseremmo che la dichiarazione di redazione potesse validamente aggiugnersi, simultaneamente, dal padre o dalla madre, eziandio col consenso del figlio. La donazione essendosi fatta irrevocabilmente senza alcuna condizione di questo genere, tal consenso ulteriore del figlio constituirebbe una rinunzia alla successione futura, vietata dall' art. 791—708, e la quale non troverebbesi più nei termini della eccezione permessa dall'art. 761. Dunque il padre o la madre avrebbe allora un solo mezzo di ridurre il figlio, quello cioè di aggiugnere una novella donazione, con dichiarazione di riduzione, all'altra fatta anteriormente (arg. dall' art. 1052 — 1008; confr. Chabot, art. 761, n. 6; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 216; Poujol, art. 761, n. 4, 5; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 525; Demante, t. III, n. 80 *bis*. 1).

107. — A norma dell'art. 761 è mestieri che la *dichiarazione* di riduzione sia *espressa*.

Ciò non vuol dinotare richiedersi quie espressioni di rigore: sia qualunque la formola adoperata, sarà sufficiente, tostochè chiaramente appaleserà la volontà dei genitori, accettata dal figlio, di ridurlo alla eredità dei suoi diritti; come se, per esempio, l'atto dichiarasse farsi la donazione al figlio *in cambio dei suoi diritti nella futura successione del donante* (Chabot, art. 761, n. 6).

Ma sempre la espressione *dichiarazione espressa* dimostra che tal clausola di riduzione non debba essere equivoca, e che il dubbio, all'obbietto, dovrebbesi interpetrare a pro del figlio.

108 — Due condizioni richieggonsi dall'art. 761 per validamente seguire la riduzione: è mestieri:

1° Che il figlio abbia ricevuto, nel corso della vita dei suoi genitori, una porzione dei suoi diritti ereditarii futuri;

2° Che tal porzione sia, almeno approssimativamente, della metà di ciò che dovrebbe spettargli.

109. — 1° E primieramente è necessario che il figlio abbia *ricevuto* effettivamente, *nel corso della vita dei suoi genitori*, una porzione dei suoi diritti; precisamente tale anticipazione e lo anticipato godimento che ne emerge pel figlio compensa, al cospetto del legislatore, la diminuzione cui gli permette consentire; il figlio naturale d'ordinario non ha altri mezzi di collocamento che quelli i quali possono prevenirgli dai suoi genitori: ed appunto per tal motivo il legislatore ha permesso, per eccezione, la sua rinunzia alla futura successione, la quale, nello escludere dalla divisione un successore la cui presenza sarebbe sempre spiacevole per la famiglia, giova simultaneamente allo stesso figlio naturale, potendo rinvenire in tal donazione *ridotta*, ma anticipata, i mezzi di procacciarsi uno stato o uno stabilimento.

Dunque mercè donazione tra vivi, e conseguentemente di beni presenti, può seguire la riduzione (articolo 894, 943 — 814 ed 867.)

Dalle quali cose è da inferire che la riduzione non potrebbe aver luogo:

Nè mercè testamento (confr. decis. C. di Pau 24 mag. 1806, Pigot, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 321);

Nè mercè donazione di beni futuri (art. 895, 1089 — 815, 1044; decis. C. di Parigi 2 gen. 1819, Compigny; di Nancì 22 gen. 1838, André. D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 321; Toullier, t. IV, n. 262; Duranton, t. VI, n. 306; Grenier, *delle Donaz. test.*, t. II, n. 674; Chabot, art. 761, n. 4; Malpel, n. 163; Poujol, art. 761, n. 8; Favard, *Rep.*, v. *Success.*, sez. IV, § 1, n. 16; Zachariae,

Aubry e Rau, t. IV, p. 217; Massé e Vergé, t. II, p. 278.)

110. — Anzi puossi quistionare se la riduzione potesse farsi mercè donazione con riserva di usufrutto: o la cui esecuzione sarebbesi differita sino al momento della morte del padre o della madre donante.

Il nostro antico diritto permetteva la rinunzia alla futura successione delle figliuole le quali avessero ricevuto una dote nel loro contratto di matrimonio; e tal rinunzia a futuri diritti mediante un' attuale anticipazione offre al certo con la disposizione dell'art. 761 un'alquanto grave analogia: or ora punto assodato un tempo esser l'appannaggio della figliuola nullo, se la dote si fosse stipulato doversi pagare dopo la morte del constituente:

« Ciò che si promette alla figliuola per prezzo della sua rinunzia, dice Lebrun, debbesi pagare in contante, o almeno in determinato tempo; e non puossi stipulare che il pagamento si farà dopo la morte dei genitori; dappoichè tale stipulazione annienterebbe uno dei principali motivi che han fatto ammettere le rinunzie alla successione futura, il quale si è che la figliuola, rinunziando allo incerto evento della successione dei suoi genitori, talvolta eziandio dei suoi collaterali, consegue almeno qualche cosa di certo. » (*Delle Success.*, lib. III, cap. VIII, sez. 1, n. 33, agg. Auroux-des-Pommiers, art. 305 della consuetudine del Borbonese) »

E di fatti da ciò taluni han sembrato inferire che la donazione con riserva di usufrutto, o la cui esecuzione venisse differita al tempo della morte del donante, neppur poteva soddisfare alla condizione richiesta dall'art. 761 (confr. decis. C. di Nancì 22 gen. 1838, André, D. *Rac*, *alfab.*, v. *Success.*, n. 324; Vazeille, art. 761, n. 8; Chabot, art. 761, n. 3; Taulier, t. III, p. 191; ed eziandio Toullier, t. II, n. 262).

Non pertanto cotesta soluzione sarebbe, a parer nostro, troppo assoluta.

La stessa donazione della nuda proprietà, o di una cosa, il cui rilascio sia differito, investe sempre attualmente il donatario dell'oggetto donato; e conseguentemente è ben fondato il sostenere che il figlio ha *ricevuto l'oggetto donato durante la vita dei suoi genitori*... L'unica quistione si è se ciò che abbia ricevuto corrisponda approssimativamente alla metà di ciò che dovrebbe spettargli un giorno; ed al certo converrà, nel determinamento del valore dell'oggetto donato, aver riguardo alle modalità più o meno svantaggiose della donazione; ma se, in ultima analisi, ammettesi che l'oggetto donato, eziandio con queste modalità, equivalga alla metà dei diritti futuri, non vi sarebbe luogo a dichiarar nulla la donazione che lo stesso figliuolo ha creduto suo interesse così accettare; tanto più che possonsi supporre circostanze tali in cui gli stessi genitori non avrebbero potuto farla diversamente (confr. Duranton, t. VI, n. 306; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 262, nota *b*; Poujol, art. 761, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 217; Massé e Vergè, t. II, p. 278).

111.—Abbiamo già avvertito (*supra*, n. 104), ed appresso dimostreremo (*infra*, n. 121), che la porzione ereditaria del figlio naturale può ridursi indirettamente con disposizioni a titolo gratuito fatte dai suoi genitori, e che allora ha diritto ad una riserva la quale, al pari dei suoi diritti ab intestato, ha per tipo la riserva dei figli legittimi.

Ebbene! trattasi conoscere se la metà cui l' art. 761 permette ridurre il figlio naturale sia la metà dei suoi diritti ereditarii *ab intestato* ovvero semplicemente la metà della sua riserva; in somma se le due cause di riduzione possono o pur no cumularsi?

Il *de cujus*, per esempio, ha lasciato un figlio naturale ed un fratello; essendo allora della metà la porzione ereditaria del figlio, la sua riserva sarebbe, come appresso ravviseremo, della metà della metà, val dire del quarto. Dimandiamo se possa, in forza dell'articolo 761, ridursi ancora alla metà di questo quarto, cioè ad un ottavo dello intero?

Per l' affermativa si è sostenuto:

L' art. 761 determina alla metà *di ciò che dovrebbe ricevere* il figlio naturale la riduzione che esso permette per anticipazione di eredità;

Or la riserva è tutto *ciò che dovrebbe ricevere* il figlio, quando la quota disponibile trovasi esaurita in liberalità;

Dunque alla metà della riserva può venire ridotto il figlio.

Si aggiugne che se diversamente accadesse, il padre o la madre, che avesse già esaurito la sua quota disponibile, non potrebbe più valersi del mezzo che la legge nulladimeno gli concede sempre indistintamente con l' articolo 761. (Confr. decis. C. di Tolosa 29 apr. 1845, Rollindes, Dev., 1846, II, 49; arresto C. cass. 31 ag. 1847, stesse parti, Dev. 1847, I, 785; Toullier, t. II. n. 262; Grenier, t. II,

n. 674 Richefort, t. III, n. 420; Demante, t. III, n. 80 *bis*, II; D., *Rac. alfab.* v. Success. n. 321).

La nostra risposta è la seguente:

1° A norma del testo medesimo dell' articolo 761, è vietato al figlio naturale o ai suoi discendenti ogni reclamo allorchè abbiano ricevuto.... la metà *di quanto è loro assegnato negli articoli precedenti;*

Or i precedenti articoli si occupano unicamente della loro porzione ereditaria ab intestato su la totalità dei beni (art. 757 o 758—674):

Dunque la riduzione è stabilita alla metà dei diritti ereditarii ab intestato su la totalità dei beni.

È ben vero che il secondo comma dell' articolo 761 soggiugne che il figlio naturale potrà dimandare un supplemento, se la porzione da lui ricevuta sia minore di *quanto dovrebbe ricevere*; ma il legislatore indubitatamente non ha abrogato, nel secondo comma, la regola da esso fermata nel primo comma dello stesso articolo; e conseguentemente tale ultima espressione è da intendere nel senso della disposizione principale ed essenziale dell' articolo, val dire che il figlio potrà reclamare, se la porzione da lui ricevuta sia minore della metà *di quanto dovrebbe ricevere*, giusta ciò che *gli è assegnato negli articoli precedenti*. E di fatti i due commi così ravvicinati sono perfettamente in armonia.

2° A parer nostro, debbesi tanto più statuire così, in quanto che nel titolo delle successioni intestate, intorno al quale versiamo, il legislatore regola sempre il passaggio di tutta la eredità, dello *universum jus quod defunctus habuerit* (l. LXII, ff. *de regul. jur*). È ben vero che in un titolo posteriore ha permesso le liberalità in determinata ampiezza; ma è questo un ordine di principii affatto diverso. Ne risulta indubitatamente che il figlio naturale può venire ridotto indirettamente, come il figlio legittimo, per effetto di queste liberalità, sino all' ampiezza della quota disponibile, ma soltanto sino all' ampiezza medesima! E nulla permette divisare aver la legge conferito ai suoi genitori la facoltà di adoperare simultaneamente contro di lui questi due modi di riduzione

Invocherebbesi forse l' art. 761? ma questo articolo permette, come abbiamo dimostrato, la riduzione sino alla metà della porzione ereditaria ab intestato.

Forse l' articolo 913—829? ma esso vuole che la intera riserva si lasci al figlio naturale del pari che al figlio legittimo. E lo essenziale carattere di questa specie di diritto richiede effettivamente così. Forse una *riserva*, la quale potrebbesi ridurre, sarebbe una riserva?

Dunque in sostanza il padre o la madre può scegliere:

Fra il modo di riduzione diretta permesso con l' art. 761;

Ed il modo di riduzione indiretta permesso con l' art. 913.

Ma sia qualunque la sua scelta, ed in qualsivoglia modo la faccia, è mestieri che la riserva del figlio rimanga intatta; e se venga lesa, il figlio avrà sempre il diritto di agire per riduzione, in conformità degli art. 913 e 921—829 ed 838 (conf. Duranton, t. VI, n. 301; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 262, nota *a*; Vazeille; art. 761, n. 6; Taulier, t. III, p. 193; Marcadè, art. 761, n. 1, Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 279).

112. — 2. Lo stesso articolo 761, il quale, nella prima parte, pareva primamente richiedere che il figlio dovesse, nel corso della vita dei suoi genitori, ricevere esattamente la metà della porzione che dovrebbe spettargli, ammette (la qual cosa era evidente) essere impossibile determinare così anticipatamente quale sarà il *quantum* di tale porzione; dappoichè essa dipende dalla importanza dei valori i quali comporranno un giorno la eredità, del pari che dal numero e dalla qualità degli eredi esistenti in quel tempo.

Or gli errori di stima e di computo, l' aumento del valore dei beni, l' acquisto dei nuovi beni fatto dai genitori, il mutamento nel numero o la qualità dei loro eredi presuntivi, tutte queste cause possono notabilmente modificare, nello intervallo dalla donazione all' apertura della successione, la parte ereditaria del figlio naturale.

E conseguentemente gli si concede il diritto di dimandare un supplemento per compiere la metà da spettargli, secondo la importanza dei beni, il numero e la qualità degli eredi, in tempo della morte, qualora ciò che abbia ricevuto sia minore della metà stessa.

Questa facoltà, conceduta al figlio naturale di dimandare un supplemento, era indubitatamente necessaria, per impedire che la donazione fattagli, divenisse eccessivamente lesiva in suo detrimento; ma non potrebbesi dissimulare che essa singolarmente pone a repentaglio il successo dello scopo che il le-

gislatore ebbe in mira nell'art. 761, ed il quale consisteva precisamente nello esimere la famiglia dalla presenza del figlio naturale e nello escluderlo dalle operazioni della liquidazione.

Di fatti è manifesto che il figlio avrà diritto di conseguire la certezza che la porzione da lui ricevuta non è minore di ciò che doveva spettargli; ed all'obbietto potrà assistere alla disuggellazione, allo inventario ed alla stima dei beni, e non solo assistervi, ma eziandio egli medesimo dimandare tutti questi provvedimenti.

113. — Dal fin qui detto risulta che precisamente secondo il loro valore al tempo della morte, tutti i beni debbono venire stimati, quelli che trovansi nella eredità e quelli donati al figlio naturale (art. 757, 761 e 922—674 ed 839; confr. Chabot, art. 761, n. 6; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 262, nota *a*; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 245; Massé e Vergé, t. II, p. 279).

114. — L'art. 761 constituisce una eccezione alla regola generale, la quale vieta tutte le rinunzie a successione futura (art. 791; 1130—708, 1084). Conseguentemente la donazione da esso permessa può farsi solo nei limiti e sotto le condizioni da esso determinate, ed oltre i quali, cessando la eccezione, la regola proibitiva riassumerebbe di necessità il suo impero.

Laonde il figlio naturale non potrebbe rinunziare alla dimanda del supplemento per compiere la metà di ciò che dovrebbe spettargli, se la porzione da lui ricevuta fosse minore di questa metà (confr. decis. C. di Brusselles 18 feb. 1813, Pauwels, Sirey, 1813, II, 225; Poujol, art. 761, n. 7; Marcadé, articolo 761, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV; p. 246, Massé e Vergé, t. II, p. 270).

115 — Similmente, se la porzione che il figlio naturale avesse ricevuto durante la vita dei suoi genitori fosse manifestamente derisoria e disproporzionata alla metà di ciò che dovrebbe spettargli nella loro eredità, avrebbe poscia diritto di dimandare la intera sua porzione ereditaria, salvo lo imputare soltanto ciò che avesse ricevuto, in conformità dell'art. 760.

È ben vero non essere agevole determinare con esattezza anticipatamente quale sarà questa metà (*supra* n. 112); ma almeno è mestieri che l'anticipazione, fatta al figliuolo, sia approssimativamente di alquanta importanza relativa; e se i magistrati riconoscessero per contrario, in fatto, che, atteso la eccessiva modicità della donazione in confronto dei beni di fortuna del donante, la donazione medesima è derisoria e priva di buona fede, dovrebbero dichiarare nulla la rinunzia che ne fosse stata la conseguenza (confr. Demante, t. III, n. 80 *bis*, I; Marcadé, art. 761 n. 3, Taulier, t, III, p. 193; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 526),

116. — Come il figlio naturale può aver ricevuto una porzione minore della metà di ciò che doveva spettargli, così può avvenire altresì, in senso inverso, che ciò che abbia ricevuto sia maggiore di questa metà.

Ma l'articolo in esame, in questa seconda ipotesi, non conferisce agli eredi il diritto di farlo ridurre a questa metà: dunque allora il figlio conserverebbe la intera anticipazione da lui ricevuta, per quanto però l'anticipazione medesima, che supponiamo eccedere la metà della sua porzione ereditaria, non eccedesse tal porzione; dappoichè allora vi sarebbe luogo a riduzione sino alla concorrenza della porzione ereditaria, non in forza dell'art. 761, il quale nulla permette di simigliante, ma in forza dell'art. 908. Vi sarebbe eccezione a ciò che si è detto sol quando il padre o la madre avesse nell'atto di donazione, appalesato la volontà che il figlio non dovrebbe, in alcun caso, conseguir meno nè più della metà, e che conseguentemente venisse astretto a restituire ciò che avesse ricevuto di più, come avrebbe diritto di dimandare ciò che avesse di meno (confr. Vazeille, articolo 761, numero 10, Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 246; Massé e Vergé, t. II, p. 279).

117. — Altronde ben si comprende che lo art. 761, come l'abbiamo testè chiarito, è applicabile ai discendenti del figlio naturale come allo stesso figlio naturale: la pruova ne discende dai termini medesimi di questo articolo, il quale, susseguendo l'art. 760 in cui si fa espressa menzione *del figlio naturale* o *dei suoi discendenti*, continua così: qualunque reclamo è *ad essi* proibito *quando abbiano ricevuto*, ec...

Se non che è da riflettere non doversi distinguere a chi la donazione siasi fatta, se allo stesso figlio naturale o ai suoi discendenti: l'art. 761 sarebbe di fatti sempre applicabile ai suoi discendenti, anche quando la donazione si fosse fatta allo stesso figlio naturale; dappoichè abbiamo dimostrato esercitare essi i medesimi diritti che egli avrebbe a-

vuti (art. 760, confr. *supra*, n. 95, Zachariae Aubry e Rau, t. IV p. 217).

118. — Quando più sieno i figli naturali, fra cui taluni soltanto sieno stati ridotti, la riduzione giova forse agli altri che non sieno stati ridotti, del pari che agli eredi legittimi?

Ammettesi generalmente la seguente distinzione:

Il *de cujus* ha forse lasciato figli legittimi? La riduzione debbe giovare ad essi soli; e la parte degli altri figli naturali non può riceverne alcuno incremento; sia perchè tal riduzione si fa nello interesse della successione legittima, e per disgravarla di altrettanto; sia perchè, se giovasse agli altri figli naturali, costoro conseguirebbero, per tal guisa, per volontà del padre o della madre loro, una parte maggiore di quella loro attribuita dalla legge: or l'art. 908 si oppone a questo risultamento, in qualsiasi modo si voglia raggiugnerlo, direttamente o indirettamente. Non pertanto, per determinare i diritti dei figli naturali non ridotti, converrà comprendere fittiziamento nella massa i beni ricevuti dai figli naturali ridotti; dappoichè se tal riduzione non debbe aumentare la parte di quelli che non sono stati ridotti, neppure può diminuirla (art. 757—674).

Per contrario il *de cujus* ha forse lasciato non discendenti legittimi, ma ascendenti, o fratelli e sorelle, o altri collaterali? In tal caso la riduzione di uno o più figli naturali giova nel tempo stesso ai figli naturali non ridotti ed agli eredi legittimi; dappoichè, allora dividendosi la eredità in massa trai figli naturali e gli eredi legittimi, la metà o i tre quarti per gli uni, e l'altra metà o l'altro quarto per gli altri, lo incremento emergente, per tal massa, dalle riduzioni fatte, debbe di necessità aumentare, nelle stesse proporzioni, la parte di quelli che vi partecipano. E di fatti vi sarebbe un figlio naturale non ridotto, il quale rimarrebbe con gli stessi diritti che se fosse stato solo: or se fosse stato solo, avrebbe avuto la metà o i tre quarti. Se non che, siccome non può mai avvenire che i figli naturali, nè individualmente, nè collettivamente, ricevano una parte maggior di quella loro attribuita dalla legge (articolo 908), così è mestieri che ciò che han ricevuto i figli ridotti e ciò che riceverebbero i figli non ridotti nella divisione della eredità in massa con gli eredi non ecceda la metà o i tre quarti, cui tutti i figli naturali unitamente avrebbero avuto diritto: se così avvenisse, i figli non ridotti, intervenuti nella divisione della eredità, sarebbero tenuti d' imputare su la loro porzione, sino alla debita concorrenza, ciò che si fosse donato ai figli ridotti (confr. Duranton, t. VI, n. 308; Taulier, t. III, p. 194).

La prima parte di questa distinzione ci pare incontrastabile; ed avvisiamo altresì che in caso di concorso di figli legittimi e di figli naturali non ridotti, la riduzione degli altri figli naturali può giovare ai figli legittimi. 1° perchè tal riduzione trovasi permessa nello interesse della successione legittima: 2° perchè la parte degli altri figli naturali non può così accrescersi per volontà del loro autore (art. 908—824).

Ma non puossi forse affermare che questo duplice motivo campeggia del pari avverso la seconda parte della precedente distinzione: sia qualunque la qualità degli eredi legittimi forse la riduzione non è sempre permessa soltanto nel loro interesse? e segnatamente l'art. 908 non impedisce forse, in tutti i casi che, per volontà del padre o della madre, il figlio naturale o uno dei figli naturali consegua una parte maggiore di quella che avrebbe conseguita, a norma della legge, avuto riguardo al numero degli altri figli naturali e degli eredi? (Confr. Demante, t. III, n. 80 *bis*, III).

119. — Abbiamo detto che la riduzione dei figli naturali trovasi permessa dall' articolo 761 nello interesse della *famiglia* legittima, e debbe conseguentemente poter giovare soltanto ad essa.

Di fatti, in quanto a noi avvisiamo così ma conviene nulladimeno soggiugnere trovarsi questa tesi sommamente controvertita ed all' obbietto son venute in campo tre opinioni:

A. La prima insegna che la riduzione può giovare non solo agli eredi legittimi, ma eziandio al conjuge superstite ed allo Stato medesimo;

A norma dell' art. 761, dicesi, il figlio naturale può venire ridotto alla metà di ciò che gli è attribuito *negli articoli precedenti*: or cotesto rimando applicasi all' art. 758—674 il quale occupasi della ipotesi in cui i genitori non lascino parenti in grado di succedere, del pari che agli art. 757 o 759—674 e 675, riguardanti la ipotesi in cui ve ne sieno: dunque il figlio naturale può venire ridotto, anche quando non vi sieno parenti in grado d

succedere e la successione trovisi devoluta, sia al conjuge superstite, sia allo Stato.

I propugnatori di cotesta prima opinione volendo nulladimeno attenuarne la manifesta durezza, vi aggiungono taluni temperamenti; e richieggono, per avvenir così, che tale sia stato di fatti lo intendimento dell' autore della disposizione producente riduzione. Ed qui traggono origine parecchie distinzioni. Per esempio, se esistesse, nel momento della disposizione, una famiglia legittima, dovrebbesi presumere in generale, dicesi, che la riduzione abbia avuto luogo nel suo interesse; e se in tempo della morte non esistessero parenti in grado di succedere, ma semplicemente successori irregolari, tali impreveduti avvenimenti non permetterebbero a costoro invocare l'art. 761 contro il figlio naturale, il quale potrebbe per contrario reclamare allora tutta la eredità, a norma dell' art. 758. Nulladimeno niente impedirebbe, aggiugnesi, che eziandio in tal caso il magistrato dichiari che la riduzione si è fatta nello interesse degli altri figli naturali o del conjuge superstite, se riconoscesse essere stata questa la intenzione del padre o della madre. Ma, per farne cavar vantaggio allo Stato richiederebbesi per contrario una espressa dichiarazione di volontà (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 207; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 761, *osserv*: 3, Demante. t. III, n. 80 *bis*, IV).

B. A norma di una seconda opinione, la riduzione potrebbe aver luogo nello interesse del conjuge superstite; ma per contrario non potrebbe mai giovare allo Stato (confr. Delvincourt, t. II, p. 22, nota 4).

C. Finalmente la terza opinione, quella da noi stimata meglio fondata, consiste nel sostenere trovarsi la riduzione permessa dall'art. 761 nello interesse della famiglia legittima:

1° L' art. 761 non è stato, come si è detto in modo assoluto, scritto in odio del figlio naturale: per contrario lo è nello interesse affatto relativo dei parenti legittimi; e la pruova che la legge non esclude di fatti assolutamente il figlio naturale dalla eredità dei suoi autori si è che, in mancanza di parenti in grado di succedere, gli attribuisce la totalità dei beni. Quindi i lavori preparatorii dell' articolo 761 dimostrano lo intendimento del legislatore di permettere la riduzione per riguardo alle suscettibilità della famiglia, e per ovviare ai conflitti ed alle controversie che il figlio naturale potrebbe muovere nella divisione (*supra*, n. 105).

Or, quando non sienvi parenti legittimi non rinviensi alcuno di tali due motivi, conseguendo la totalità dei beni il figlio naturale.

2° Tale intenzione chiaramente si svela altresì, a parer nostro, nei testi della legge. L' art. 761 trovasi collocato in una sezione in cui trattasi dei parenti legittimi e dei figli naturali; e la sezione contempla due casi: o esistono parenti legittimi, oppur no: nel primo caso, il figlio naturale, il quale sarebbe chiamato a concorrere coi parenti legittimi, può essere escluso mercè la riduzione. Ma la legge ha forse permesso lo stesso provvedimento nel secondo caso? Eh! come mai gli sarebbe ciò venuto in pensiero, mentre per questo secondo caso, attribuiva al figlio naturale, nella stessa sezione, la totalità dei beni senza veruna concorrenza! In somma il legislatore, in tutto questo ordine di disposizioni (art. 757 a 761), non pensò giammai a far concorrere il figlio naturale col conjuge superstite, nè con lo Stato; permette escluderlo dalla divisione, quando di fatti dovrebbe concorrere alla divisione con eredi legittimi; ma non permette alterare tutta l'armonia del sistema della legge, ed aprire, mercè la riduzione medesima, un novello ordine di successione, nel quale il figlio era pienamente preferibile, e con cui, secondo la gerarchica trasmissione della eredità, non doveva mai trovarsi in contatto.

3° Tutte le esitazioni medesime e tutte le distinzioni dei sistemi discordanti di fatti dimostrano essere le divergenze stesse estranee al sistema semplice ed unico del legislatore!

4° Ciò non basta! In generale, nella discussione di tal quistione, trattasi del conjuge superstite e dello Stato. Ma il conjuge superstite e lo Stato vengono chiamati quando il defunto non abbia lasciato parenti in grado di succedere, *nè figli naturali* (art. 767—683). Ebbene dunque, dimandiamo ai propugnatori dei sistemi discordanti se avvisino che la riduzione di uno o più figli naturali potrebbe aver luogo a pro degli altri figli naturali del *de cujus*? È di assoluta necessità, nel sistema da noi oppugnato, rispondere per l' affermativa; dappoichè gli altri figli naturali non ridotti, venendo chiamati in presenza del conjuge e dello Stato (art. 758, 767—674 e 683), diverrebbe incomprensibile che la riduzione, giovevole al conjuge ed allo Stato, non giovasse ai figli naturali non ridotti. Ed

altronde l' argomento desunto dal ravvicinamento degli art. 761 e 758—677 e 674 applicasi agli altri figli naturali come al conjuge ed allo Stato Quindi si è insegnato di fatti che la riduzione di uno dei figli naturali potrebbe giovare agli altri figli naturali! (Confr. Demante, *loc. supra cit.*) Ma, a dir vero, tal necessaria conseguenza del sistema non ne constituisce forse nel tempo stesso la riprovazione! e puossi mai comportare che tal riduzione venga sì manifestamente distolta dallo scopo unico ed eccezionale cui il legislatore ha mirato! (Confr. Vazeille, art. 761, n. 12; Taulier, t. III, p. 494; Marcadé, articolo 761, n. 4; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 527; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, P. 283).

120.—Gli antecedenti motivi ci indurrebbero del pari a divisare che la riduzione non potrebbe, in mancaza di eredi legittimi, aver luogo contro i figli naturali a pro di donatari o legatari estranei. Il padre o la madre può indubitatamente disporre, a titolo gratuito, di una parte de' suoi beni a pro di un terzo, e quindi indirettamente ridurre il figlio; ma cotesta riduzione debbe lasciare al figlio la sua riserva; e questa riserva, quando non sienvi parenti legittimi, è, come ravviseremo, eguale a quella de'figli legittimi (confr. Taulier, t. III, p. 495; agg. nondimeno arresto C. cass. 31 ag. 1847, Rollindes, Dev., 1847, I, 785).

121. — B. Abbiamo cennato (*supra*, n. 103), che il figlio naturale poteva venire ridotto indirettamente e tacitamente, in forza del diritto comune su la facoltà competente a'suoi genitori di disporre a titolo gratuito.

Quale può essere l' ampiezza di tal riduzione?

Ciò consiste nel sapere se il figlio naturale abbia una riserva, quale sia la quota di tal riserva, e su quali beni possa esercitarsi.

Tutte le quali quistioni ci riserbiamo risolvere nel titolo seguente, cui si appartiene la teorica della riserva (art. 913 e segr+829).

ARTICOLO II.

De'diritti de' figli adulterini o incestuosi su'beni de'loro genitori trapassati.

SOMMARIO.

122.—I figli adulterini o incestuosi han diritto a semplici alimenti.

123.—In qual modo la filiazione adulterina o incestuosa può divenire legalmente certa?—Rimando.

124.—Il figlio adulterino o incestuoso non è erede, e neppure ha diritto ereditario — Quale è mai la natura del suo diritto?

125.—Elementi secondo i quali il credito di alimenti del figlio adulterino o incestuoso dovrà determinarsi.

126.—Continuazione.

127.—Continuazione.—Debbesi forse aver riguardo a'bisogni del figlio adulterino o incestuoso?

128.—Il legislatore ha particolarmente contemplato il caso in cui si fosse fatta apprendere al figlio un'arte meccanica.—Per qual ragione? Altronde è questo un semplice esempio, il quale nulla racchiude di restrittivo.

129.—Continuazione.

130.—Il padre o la madre del figlio adulterino o incestuoso può forse, di sola volontà sua e senza il consenso del figlio, assicurar gli alimenti?

131.—Il padre o la madre potrebbe forse trasmettere al figlio adulterino o incestuoso la piena proprietà di un immobile per estinguere la sua obbligazione di alimentario?

132.—Il figlio adulterino o incestuoso non può, per donazione tra vivi nè per testamento, nulla ricavore oltre gli alimenti dalla legge attribuitigli.—Conseguenze.

133.—Ma se non può ricevere *più*, neppure può consentire a ricever *meno*.

134.—La sezione di legislazione aveva proposto un articolo, il quale permetteva al figlio dimandare il capitale dei suoi alimenti.—Questo articolo venne eliminato.—Per qual ragione?

135. Il discendenti legittimi del figlio adulterino o incestuoso potrebbero forse dimandare alimenti che l'art. 762 concede allo stesso figlio avverso la eredità del padre o della madre sua?

136.—Quali persone succedono al figlio adulterino o incestuoso?

137.—Continuazione.

138.—Continuazione.

122. — Tornava impossibile trattare egualmente il figlio semplicemente naturale, il figlio adulterino o incestuoso, la cui nefasta filiazione è un attentato ai più essenziali principii della famiglia e dello Stato.

Laonde osservammo (*supra*, n. 7) che, in origine, i frutti dell' adulterio o dello incesto venivano trattati con rigor tale da non avere neppur diritto ad alimenti.

Non pertanto cotesta durezza era effettivamente eccessiva: è questa la ragione per cui, da lungo tempo, le antiche legislazioni eransene dipartite; e, non concedendo ai figli adulterini o incestuosi alcun diritto di successibilità, avevano voluto che avessero almeno i mezzi di vivere (*ved.* il nostro tomo IV, n. 16 e 17).

Il Codice nostro ha ritenuto siffatto provvedimento di conciliazione fra gl' interessi dell' ordine sociale ed i doveri della umanità con l' art. 762—678, così conceputo:

« Le disposizioni degli articoli 757, 758,

« non sono applicabili ai figli adulterini ed « incestuosi.

« La legge non accorda loro che i soli ali- « menti. »

123. — Potrebbesi primamente muover quistione come mai tale specie di filiazione possa essere legalmente certa; dappoichè il nostro Codice non ne ammette il riconoscimento volontario (art. 335—258), nè il riconoscimento forzato o la indagine in giudizio (art. 342—265).

Abbiamo, nel *Trattato della paternità e della filiazione*, offerto su questa tesi i chiarimenti da essa comportati e ci basta tanto più inviar quivi i leggitori, in quanto che tutte le quistioni relative alla pruova della filiazione tornerebbero qui inopportune (*ved.* il nostro tomo V°, n. 58 I e seg.)

Dunque supponiamo trovarci in uno dei casi in cui la pruova della filiazione adulterina o incestuosa venga assodata nei sensi di legge.

124. — Dall' art. 762 emerge che non solo il figlio adulterino o incestuoso non è erede, ma che non ha alcun diritto creditario. Noi non rinveniamo qui il *vocabolo*, nè la *cosa*, nè il titolo, nè l' attributo.

Diciamo non essere *erede*; avvegnachè ad evidenza l' art. 756, comunque non facciasene menzione nell' art. 762, non gli è applicabile al pari degli articoli 757 e 758—674.

Aggingniamo non aver neppure alcun diritto creditario, val dire che, a differenza del figlio naturale, non è neppure un successore irregolare, e non è chiamato a conseguire alcuna frazione dei beni ereditarii; talchè lo Stato conseguirebbe la eredità in sua esclusione, se il suo autore non avesse lasciato parenti in grado di succedere, nè figlio naturale, nè conjugo superstite (confr. art. 723 724, 762, 767, 768—644, 645, 678, 683, 684; decis. C. di Nîmes 13 luglio 1824, Sauvage, Sircy, 1825, II, 348; Chabot, art. 762, n. 2; Malpel, n. 173; Poujol, art. 765, n. 4; Bedel, *dell' Adulterio*, n. 402; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 97).

Dunque qual è mai, in ultima analisi, il titolo del figlio adulterino o incestuoso? e quale la natura del suo diritto?

Semplice è la risposta:

È desso creditore di un debito di alimenti; e di fatti il suo diritto offre tutti i caratteri di credito.

Oh! rispetto a lui, questa affermazione è tanto vera quanto ci è sembrata falsa, al contrario, rispetto al figlio naturale (confr. Merlin, *Quist. di dir.*, v. *Riserva*. § 1; Malpel, n. 172; Demante, t. III, n. 82 *bis*, I).

125. — Altrove abbiamo già determinato in che consista una obbligazione alimentaria e ciò che comprenda; *ciburia, vestitus, habitatio, valetudinis impendia* (*ved.* il nostro t. IV. n. 52 e seg.

È noto che il determinamento dell' ampiezza di queste specie di debiti va essenzialmente subordinato alle circostanze di ciascuna specie; dappoichè nulla è più variabile e soprattutto più relativo del così detto *necessario per vivere*!

L' art. 763—679 addita qui uno degli elementi più importanti di siffatto determinamento:

« Questi alimenti sono regolati a norma « delle facoltà del padre o della madre, del « numero e della qualità degli eredi legit- « timi. »

Di fatti gli alimenti vengono conceduti in proporzione dei beni di fortuna di chi li debba: or, da un lato, la stessa eredità ne è qui debitrice; e d' altro lato, il numero più o meno considerevole degli eredi, diminuendo di necessità i mezzi della eredità stessa, la legge comanda aversene riguardo.

Ma conviene porre a calcolo non solo il loro numero, ma eziandio la qualità loro più o meno commendevole; e, sotto questo punto di veduta, sembra affatto razionale determinare il grado di favore che meritano gli eredi, secondo l'ordine gerarchico in cui la stessa legge li chiama nella successione intestata; conseguentemente gli alimenti dovuti al figlio adulterino o incestuoso debbono venire più o meno ampiamente determinati; secondo che il padre o la madre abbia lasciato figli legittimi, o ascendenti, o fratelli e sorelle, o nipoti, o semplicemente collaterali più remoti.

Osserviamo altresì, con Demante, che converrà soprattutto considerare se l' erede sia uno di quelli che avrebbero avuto diritto di dimandare altresì alimenti al *de cujus* (t. III, n. 82 *bis*, IV).

126. — Comunque l' art. 763 faccia menzione dei soli *eredi legittimi*, è manifesto applicarsi del pari a tutti i successori qualsivogliano; e lo essenziale motivo della legge effettivamente richiede che gli alimenti del figlio adulterino o incestuoso vengano più ampiamente determinati, quando concorra

soltanto con figli naturali o con un conjuge superstite e soprattutto con lo Stato, ovvero quando chi raccolga la eredità del suo autore sia un legatario (confr. Chabot, art. 763, n. 5; Marcadé, art. 763, n. 7-9; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 97; Massé e Vergé, t. I, p. 337).

127. — L'articolo 763 è relativo alle facoltà della eredità dalla quale son dovuti gli alimenti.

Ma, a norma dell' art. 208—198, evvi pure, in tali circostanze, un altro elemento correlativo di calcolo e di valutazione, cioè *il bisogno di chi li dimanda.*

Forse non debbesene qui aver conto? Ovvero, in altri termini, il figlio adulterino o incestuoso, non bisognoso, avrebbe forse nondimeno diritto ad alimenti avverso la eredità dei suoi genitori?

Si potrebbero invocare, nel senso dell' affermativa, sia il testo medesimo dell'articolo 763, sia il carattere particolare di questa obbligazione alimentaria.

Di fatti non trattasi qui di una obbligazione di alimenti *pietatis causa*, la quale, se non sorgesse in tempo della morte, non essendo allora il figlio bisognoso, potrebbe sorgere dappoi sopraggiugnendo il bisogno. Questa obbligazione gravita, non su gli eredi personalmente, ma su la stessa eredità; e precisamente in tempo dell' apertura della successione debbe diffinitivamente liquidarsi: quindi ben si comprende essersi potuto concedere dalla legge al figlio, anche quando non avesse attuali bisogni, e come una garentia, in certa guisa aleatoria, avverso le eventualità dei bisogni possibili ed impreveduti dell' avvenire (confr. Demante, t. III, n. 82 *bis*, II).

Nulladimeno tal sentimento non è da noi accolto.

1° Noi pure avvisiamo che l' obbligazione alimentaria in esame debbasi liquidare diffinitivamente una sola volta, fra la eredità ed il figlio adulterino o incestuoso, e che non è, ciò premesso, suscettiva di aumento nè di riduzione, sieno qualunque i mutamenti che possano sopraggiugnere nella posizione degli eredi o altri successori ed in quella del figlio. Il legislatore al certo non ha voluto mantenere e perpetrare, tra essi, tali relazioni non aventi altronde alcuna base. Ma altresì il debito medesimo, comunque graviti su la stessa eredità, è, in ultima analisi, un debito di alimenti: or la causa di un debito di alimenti è il bisogno di colui al quale son dovuti; e, senza questa causa, il debito non potrebbe esistere.

2° Ecco ciò che emerge dall' art. 764—679, a norma di cui il figlio, al quale uno dei suoi autori soltanto abbia fatto prendere uno stato o assicurato alimenti, nulla può reclamare avverso la eredità dell' altro, ancorchè costui nulla avesse fatto per lui:

« Quando il padre o la madre del figlio adulterino o incestuoso gli avranno fatto imparare un' arte meccanica, o quando uno di essi gli avrà, mentre viveva, assicurato gli alimenti, il figlio non potrà proporre alcuna pretesa contro la loro eredità. »

Si è obbiettato doversi il predetto articolo spiegare mercè un particolar motivo, ed aver voluto il legislatore così « compiutamente inaridire la sorgente degli scandali, che il reclamo mosso dal figlio avverso la eredità di uno dei due genitori, potrebbe far rifluire su l' altro, e conseguentemente su quello stesso che precisamente, per preservarne sè medesimo o i propri parenti, si fosse valso del mezzo apprestatogli dall' art. 764. »

Ma non solo nello interesse relativo di uno dei parenti la legge intende, per quanto sia possibile, escludere tal figlio dalla successione dei suoi autori; sì bene nello assoluto interesse della pubblica morale! ed è questa la ragione per cui essa lo esclude di fatti compiutamente, tostochè non sia bisognoso.

Se l' art. 764 ha contemplato *il* solo caso in cui uno dei suoi autori gli abbia procacciato mezzi di sussistenza, l' unica *ragione* si è esser questo il caso più ordinario; ma è questa una semplice indicazione la quale nulla offre di limitativo; e conseguentemente il figlio non avrebbe diritto ad alimenti nella eredità dell' uno nè dell' altro, ancorchè entrambi nulla avessero fatto per lui, qualora non fosse bisognoso, per averlo, a cagion di esempio, un terzo educato e messo in grado di procacciarsi i mezzi di sussistenza, o per avergli fatto una liberalità sufficiente a provvedere ai propri bisogni (confr. decis. C. di Caen, 2ª cam. 3 mag, 1833, Dorey-Laperelle Chabot, art. 762, n. 1; Loysean, p. 556 e 750 Malpel, n. 171; Marcadé, art. 763; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 532; Zachariae, Aubry e Rau, t. VI, p. 97, Massé e Vergé, t. I, p. 337).

128. — Il legislatore ha particolamente contemplato il caso in cui si avrà fatto imparare al figlio *un' arte meccanica*, val dire un mestiere, indubitatamente perchè i geni-

tori, per nascondere la propria vergogna, per lo più lo fanno educare in oscure condizioni e forse segnatamente altresì perchè tali specie di stati son quelli che divengono più presto lucrosi e procacciano salarii o stipendii mercè di cui l' artigiano e l' operajo possono prontamente provvedere ai proprî bisogni.

Ma è questo un esempio, il quale nulla offre di restrittivo.

È manifesto che il figlio non potrebbe formare alcun reclamo, se il padre o la madre gli avesse fatto apprendere una professione qualsivoglia, industriale o liberale, come se l' avesse collocato presso una casa di commercio, e lo avesse posto in grado di dare lezioni di lingua, di disegno o di musica, o di addivenire institutore, avvocato o medico, ec. per modo da rinvenire effettivamente nel suo proprio stato mezzi di sussistenza.

Mentre per contrario, il figlio potrebbe reclamare, se lo stato o la industria qualsivoglia, arte meccanica o altra insegnatagli gli procacciasse, come sventuratamente se ne sono osservati più esempii, guadagni insufficienti alla propria sussistenza: tal è quasi sempre, in Normandia, il mestiere d'intagliatore; e quindi la corte di Tolosa giudicò parimente che il mestiere di *sarto*, il quale non potrebbe altronde annoverarsi fra le arti meccaniche, può procacciare guadagni insufficienti alla sussistenza di una persona, la quale non abbia altri mezzi (Decis. 30 apr. 1828 Fontètes, D., *Rac. alfab.*, v. *Successione* n. 374).

129. — Anzi è uopo aggiungere che, nel caso in cui i genitori avessero fatto apparare al figlio uno stato dapprima lucroso, il suo reclamo sarebbe nulladimeno ben fondato, qualora, in tempo dell' apertura della successione, i guadagni del suo stato fossero dappoi divenuti, senza colpa sua, per malattia, infermità o per esterne circostanze, insufficienti alla propria sussistenza.

Diciamo senza sua colpa; dappoichè conviene al certo che la inoperosità e la infingardaggine del figlio non divengano per lui un titolo avverso la eredità (confr. il nostro t. IV, n. 46).

Anzi avviseremmo che avverrebbe così nel caso in cui gli fossero stati assicurati gli alimenti dal padre o dalla madre, nel corso di sua vita, e che potrebbe reclamare, se fossero divenuti insufficienti in tempo della morte (confr. Marcadé, art. 764) Nulladimeno Zachariae sembra professare opposto sentimento (Aubry e Rau, t. IV, p. 97; Massé e Vergè, t. I, p. 338).

130. — Abbiamo già appalesato (*supra*, n. 105) la opinione potere il padre o la madre, di sola sua volontà, e senza abbisognare del consenso del figlio, assicurargli alimenti.

Da un lato il testo dell' art. 764—679, assai diverso dall' art. 761—677, non richiede che il figlio *abbia ricevuto*; e permette assolutamente al padre o alla madre *assicurargli* alimenti;

D' altro lato il figlio adulterino o incestuoso avendo, a differenza del figlio naturale, un semplice diritto di credito, ben si comprende che i genitori, i quali sono i debitori, possano liberarsene senza suo consenso: dunque potrebbero constituire, a suo vantaggio, una rendita o una pensione, di cui un terzo, per esempio, venisse incaricato pagargli le annualità: eglino potrebbero far ciò sicuramente per testamento, ed avvisiamo eziandio per atto tra vivi (arg. dagli art. 1121 e 1973—1075 o 1845).

Il consenso del figlio sarebbe necessario nel caso in cui si trattasse dargli in pagamento un valore qualsivoglia, mobile o immobile, ad obbietto di rendernelo proprietario (arg. dagli art. 711, 1243—632, 1196).

131. — Nulladimeno si è messa in dubbio la validità di questa donazione in pagamento o più generalmente della disposizione qualsivoglia onde il padre o la madre del figlio gli trasmettessero, sia tra vivi, sia per testamento, la piena ed intera proprietà di un immobile, per la estinzione della obbligazione loro di alimentarlo.

Si è sostenuto:

A norma dell' art. 908—824, il figlio non può, per donazione tra vivi nè per testamento, ricevere cosa alcuna oltre gli alimenti concedutigli con l' art. 762—678;

Or gli alimenti consistono di necessità in prestazioni vitalizie, come rendite e pensioni o almeno in un diritto vitalizio, come un usufrutto, i quali estinguonsi con la vita del figlio stesso e nulla lasciano, esso morto, di trasmessibile ai proprî eredi;

Dunque lo attribuire la piena proprietà di un immobile, il quale diverrebbe ereditariamente trasmessibile da parte del figlio, eccede ciò che ha diritto di ricevere (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, numero 532).

Avvisiamo potersi vittoriosamente rispondere:

Indubitatamente l'art. 908 è applicabile ai figli adulterini o incestuosi (*infra*, n. 132); ed eglino non possono ricevere oltre ciò che han diritto di dimandare. Ma quando il padre o la madre abbiano loro attribuito la proprietà di un immobile reputansi forse avere effettivamente ricevuto oltre ciò che han diritto di dimandare? Qui risiede tutta la quistione: ed a noi non pare potersi sempre e di necessità sostenere avvenir così. Il padre o la madre avrebbe potuto attribuire al figlio una somma diffinitivamente sborsata in soddisfazione della sua dimanda di alimenti: or, se può attribuirgli un capitale, per qual ragione non potrebbe attribuirgli un immobile, quante volto il valore dello immobile medesimo non ecceda lo importare indispensabile alla estinzione del debito di alimenti, ed il figlio potrà procacciarsi i mezzi di sussistenza mercè il capitale stesso dello immobile, e non morcè le sole rendite? (Confr. arresto Corte cass. 15 tuglio 1846, Tronnet, Dev., 1846, I, 721).

132. — Abbiam detto che il figlio adulterino o incestuoso non può, per donazione tra vivi nè per testamento, ricever cosa alcuna oltre gli alimenti dalla legge conceduti gli: difatti torna incontrastabile che l'articolo 908 comprenda, sotto la denominazione di figli naturali, tutti i figli non legittimi, e si riferisca all'art. 762 del pari che all'art. 757 (confr. il nostro t. V, n. 599; discorso di Jaubert, Locré, t. XI, p. 442).

Dalle quali cose conseguiterebbe rigorosamente che un semplice legato eziandio di alimenti sarebbe nullo, qualora il figlio non fosse bisognoso; dappoichè allora il figlio non avendo diritto di dimandar cosa alcuna (*supra*, n. 127), non avrebbe conseguentemente diritto di ricevere alcuna cosa (confr. nondimeno Massé e Vergé sopra Zachariae, t. I, p. 338).

Ed eziandio tal divieto, relativamente ai figli incestuosi o adulterini, ha un carattere diverso da quello risguardante i figli semplicemente naturali; dappoichè non essendosi stabilito unicamente nello interesse relativo degli eredi, ma nello interesse assoluto dell'ordine sociale, è mestieri ammettere, ad onta dell'opposto sentimento di Loiseau (p. 752—783), constituire, per essi, una vera incapacità, suscettiva di dedursi per ogni persona interessata (confr. *supra*, n. 83; Taulier, t. V, n. 80; Duranton, t. VIII, n. 271; Bédel, numero 102; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, pag. 97; Massé e Vergé, tomo I, pag. 338).

133. — Ma se il figlio adulterino o incestuoso non può ricevere *più* di ciò che gli è conceduto dalla legge, neppure può consentire anticipatamente a ricever *meno*; e l'articolo 761 non gli è applicabile; avvegnachè concedendogli la legge semplici alimenti, val dire ciò che è necessario alla propria sussistenza, tal diritto non potrebbe ammettere alcuna riduzione (confr. 764, 791, 1130—679, 708, 1084).

134. — La sezion di legislazione aveva proposto un articolo (art. 50 del progetto), onde veniva statuito che:

« La rimborsazione del capitale degli alimenti potrà nulladimeno ordinarsi, nel « tempo della età maggiore del figlio, se la « rimborsazione medesima sia stimata utile « per assicurargli uno stato, e se la sua passata condotta offra una garentia sufficiente della sua condotta futura. »

Ma quello articolo venne eliminato, e con sommo fondamento, a parer nostro, pel motivo che cooferiva al figlio adulterino o incestuoso un diritto, non conceduto al figlio naturale, ed altronde poteva dar luogo a spiacevoli giudizii frai genitori ed il figlio, al quale veniva quindi permesso discutere, in certa guisa, i lor beni di fortuna; e conseguentemente non si è voluto neppur riconoscere in lui questa facoltà dopo la loro morte (confr. Locré, t. X, p. 90 e 92).

135. — Nessuno articolo *simigliante* all'art. 759—675 estende ai discendenti (*legittimi*) del figlio adulterino o incestuoso il diritto di dimandare alimenti, concedute dall'art. 762—678 ai figliuoli medesimi avverso la eredità dei lor genitori.

Forse non potrebbero dimandarne, se essi medesimi fossero bisognosi, dopo la morte del loro autore?

Cotesta soluzione potrebbe sembrare molto rigorosa (*ved.* il nostro t. IV, n. 21); e non pertanto sarebbe, a parer nostro, la più unisona, sia al testo in disamina, sia allo intendimento del legislatore, il quale è al certo di far perdurare il meno lungo tempo possibile le relazioni di cotesta nefasta parentela (confr. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. I, p. 337).

136. — Per compiere quanto risguarda i figli adulterini o incestuosi farem conoscere qui successivamente quali persone vengano chiamate a succeder loro.

Semplicissimo è il ragionamento:

Se il figlio adulterino o incestuoso lasci, sia figli legittimi o adottivi, sia figli naturali, i figli suoi gli succedono, ad esclusione di ogni altro, secondo il diritto comune, a norma degli art. 350, 745, 757 e 758—274, 667 e 674.

In mancanza di figli, la eredità devolvesi primamente al conjuge superstite, e, in mancanza di conjuge, allo Stato (art. 767, 768—683, 684).

137. — Dunque i genitori del figlio adulterino o incestuoso non potrebbero succedere; ed erroneamente, a parer nostro, Loiseau ha appalesato opposto sentimento; dappoichè nessuno articolo li chiama a succedere, come l' art. 765—680 chiama i genitori alla successione del figlio semplicemente naturale (confr. decis. C. di Nimes 12 luglio 1824, Sauvage, Sirey, 1825, II, 318; Bedel, n. 104; Chabot, art. 765, n;7; Malpel, n. 173; Poujol, art. 765, n. 4; Marcadé, art. 766, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 97 ed il nostro t. V, n. 595).

138. — Noi neppure avvisiamo che i fratelli e sorelle di un figlio adulterino o incestuoso possono succedergli, in verun caso nè per alcuna specie di beni; dappoichè nè anche evvi per essi alcuno articolo simigliante all' art. 766—681, il quale applicasi *ai fratelli e sorelle naturali*; ed il luogo stesso di detto articolo, già affatto eccezionale, dopo l'art. 765—680, il quale parla dei genitori semplicemente *naturali*, del pari che gli essenziali motivi del legislatore, ad evidenza ne circoscrivono l' applicazione ai fratelli e sorelle semplicemente *naturali* (confr. Chabot, art. 765, n. 7; Malpel. n. 173; Poujol, art. 765, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 97; Massé e Vergé, t. II, p. 283; *ved.* nondimeno Duranton, t. VI, n. 339).

§. II.

De' diritti de' genitori e de' fratelli o sorelle sui beni del figlio naturale trapassato; o, più generalmente, della successione passiva del figlio naturale.

SOMMARIO.

139.—Passaggio.—Della successione passiva del figlio naturale.

140.—È mestieri distinguere se il figlio naturale sia stato riconosciuto da' suoi genitori, o nol sia stato.

141.—Del caso in cui il figlio naturale abbia lasciato prole.

142.—Continuazione. *Quid*, se il figlio naturale abbia lasciato contemporaneamente figli legittimi o figli naturali riconosciuti?

143.—*Quid*, se abbia lasciato semplicemente figli naturali riconosciuti?

144.—*Quid*, se il *de cujus* abbia lasciato nipoti legittimi nati da suo figlio legittimo o naturale?

145.—Continuazione.

146.—In mancanza di prole la successione del figlio naturale devolvesi al padre o alla madre che l'abbia riconosciuto, o per metà ad entrambi, se sia stato riconosciuto da ambeduo.—*Quid*, in quest' ultimo caso, se uno di essi sia premorto, abbia rinunziato o sia indegno?

147.—Quello fra' genitori il quale avesse fatto al figlio una donazione, succederebbe forse, ad esclusione dell'altro, nella cosa da lui donata*—Rimando.

148.—Gli ascendenti, eziandio legittimi, de' genitori del figlio naturale non hanno alcun diritto su la eredità di questo figlio.

149.—È uopo forse dire altrettanto circa gli avi naturali, rispetto alla successione de' discendenti legittimi del loro figliuolo?

150.—I genitori naturali han forse un diritto di riserva nella eredità del loro figliuolo?—Rimando.

151.—I genitori naturali possono però succedere al proprio figliuolo sol quando la sua filiazione sia stata legalmente riconosciuta.

151 *bis*.—In mancanza di prole e de' genitori, la legge ripartisce la eredità dal figlio naturale fra' suoi fratelli o sorella legittimi, ed i suoi fratelli o sorelle naturali, avuto riguardo alla origine de' beni.

152.—A. I beni che il figlio naturale avesse ricevuti da' suoi genitori trasmettonsi a' fratelli o sorelle legittimi.—Per qual ragione?

153.—I figli legittimi del genitore premorto succedono forse ne' beni che il figlio naturale avevano ricevuti sol quando l'altro genitore sia pure premorto?

154.—Quando i genitori sieno entrambi permorti, i figli legittimi dell'uno e dell'altro succedono forse indistintamente in tutti i beni che il figlio naturale potrebbe aver ricevuti dall'uno o dall'altro?

155.—Precisamente nella eredità dello stesso figlio naturale i suoi fratelli o sorelle legittimi vengono chiamati a raccogliere i beni che aveva ricevuti dal comune autore.—Conseguenze.

156—I discendenti da' fratelli o sorelle legittimi possono forse esercitare la precapienza dall'art. 766 stabilita a pro di tali fratelli o sorelle?

157.—In quali beni i fratelli o sorella legittimi vengono chiamati a succedere?

158. L'art. 766 stabilisce a pro de' fratelli o sorelle legittimi un diritto di ritorno successorio. Conseguenze.

159. I fratelli o sorelle legittimi, come successori irregolari, raccolgono nella eredità del figlio naturale, i beni loro attribuiti con l'art. 766.

160. B. Gli altri beni del figlio naturale, i *suoi acquisti*, trasmettonsi a' fratelli o sorelle naturali o a' loro discendenti

161. I discendenti dai fratelli o sorella naturali possono succedere, sia di proprio diritto, sia per rappresentazione.

162. Il vocabolo *discendenti* comprende forse qui non solo i discendenti legittimi de'fratelli o sorelle naturali, ma eziandio i lor discendenti naturali riconosciuti?
163. Evvi forse luogo alla rappresentazione tra'discendanti de'fratelli o sorelle naturali?
164. È forse necessario dividere cotesta specie di eredità in due parti eguali, una delle quali verrebbe attribuita a'fratelli o sorelle naturali consanguinei, l'altra a'fratelli o sorelle naturali uterini, col diritto, pe'fratelli o sorelle naturali germani, di partecipare in ciascuna di esse?
165.— In mancanza di fratelli o sorelle naturali, i fratelli o sorelle legittimi potrebbero forse succedere *negli altri beni* lasciati dal figlio naturale, val dire in quelli che non gli provenissero dal comune autore?
166. - I diversi successori di cui trattasi negli art. 765 e 766 sono successori irregolari.—Conseguenza
167.—L'obbligo della collazione sussiste forse rispettivamente fra tali diverse specie di successori?
68.—Continuazione.

139. — Ci siamo intrattenuti intorno alla *successione attiva* del figlio naturale, val dire intorno alla quistione a quali persone succeda il figlio naturale.

Ora dobbiamo ragionare intorno alla sua *successione passiva*, val dire intorno alla quistione quali persone succedano al figlio naturale.

140.—O il figlio naturale è stato legalmente riconosciuto da'suoi genitori;

O non lo è stato.

Nel primo caso la legge chiama a succedergli:

1° I suoi figli, sia legittimi o adottivi, sia naturali, come dimostreremo, in conformità dell'art. 765+680 (art. 755, 758, 350+673, 674, 274; *infr.*, n. 141 e seg.);

2° In mancanza di figlio, il suo conjuge superstite;

3° Ed in mancanza di conjuge lo Stato (art. 767, 768+683, 684).

Nel secondo caso i successori del figlio naturale possono essere, secondo i casi:

1° I suoi figli legittimi, adottivi o naturali;

2° I suoi genitori;

3° I suoi fratelli o sorelle, sia naturali, sia legittimi;

4° Il suo conjuge superstite;

5° Finalmente lo Stato.

Ci faremo successivamente ad esporre tali diverse chiamate.

141.—E primamente l' art. 765+680 dichiara:

« L'eredità del figlio naturale morto senza « prole è devoluta al padre o alla madre che « l'avrà riconosciuto; ovvero per metà a ciascu« no di essi, quando sia stato riconosciuto « da entrambi.»

Come ben si scorge, l'articolo in esame chiama primieramente, ad esclusione di ogni altro, alla successione del figlio naturale *la sua prole*.

Se la prole medesima sia legittima, nulla evvi di più semplice: più volte abbiamo osservato che il figlio naturale, quando abbia contratto matrimonio, diviene capo di una famiglia legittima, e che i figli nati dal suo matrimonio gli succedono, a norma del diritto comune delle successioni legittime, in forza degli art. 731 e 745+654 e 667. Di fatti allora la successione è regolarissima, attenendosi la legge, in tal caso, non alla condizione del *de cujus*, ma alla condizione dei suoi successori; e con infinito fondamento: imperocchè, se il *de cujus* era un figlio naturale, ciò non osta che suo figlio, nato dal suo matrimonio, sia eminentemente legittimo (conf. Bacquet, *del Diritto de' bastardi*, cap. VIII. n. 1-2; il nostro t. V, n. 549, ed il t. II di questo *Trattato*, n. 467.)

Ed assolutamente lo stesso avverrebbe del figlio adottivo (art. 350+274.)

142.—Se il figlio naturale lasci contemporaneamente figli legittimi e figli naturali riconosciuti, il diritto di costoro va regolato dall'art. 757+674; e conseguentemente vengono chiamati a conseguire il terzo della porzione ereditaria che avrebbero conseguita, se fossero stati legittimi.

143.—Ma se lo stesso figlio naturale lasci unicamente figli naturali riconosciuti, la eredità devolvesi interamente ad essi, ad esclusione eziandio de' genitori, i quali avessero riconosciuto il *de cujus* (art 758+674.)

Non pertanto si è insegnato che converrebbe, in tale ipotesi, applicare altresì l'art. 757, e che quindi la eredità dovrebbesi attribuire per metà al figlio o a' figli naturali del figlio naturale trapassato, e per l'altra metà a' suoi genitori, o al superstite, in caso di premorienza di uno di essi, o a quello fra essi, che solo avesse riconosciuto il *de cujus* (confr. Pigeau, t, II, p. 639; Duranton, t. VI, n° 336).

Ma cotesta soluzione ci pare affatto inammissibile:

1° L'art.765 dichiara, ne'termini più generici, che i genitori naturali vengono chiamati sol quando il figlio naturale sia morto *senza prole*;

Or i figli naturali, al pari de'figli legittimi

del figlio naturale, constituiscono la sua prole.

È ben vero che in materia di successione legittima, il vocabolo *prole* non comprende in generale la prole semplicemente naturale (confr. art. 746-751+668, 669). — Sì! in materia di successione legittima, e ne'capitoli in cui il nostro Codice tratta de'parenti legittimi. Ma per contrario siamo qui nol capitolo delle *Successioni irregolari*, in cui il legislatore, trattando delle successioni fondate sul semplice vincolo del sangue, adopera il vocabolo *prole* nella sua più ampia significazione. Quindi, nello intendere che la prole qualsivoglia del figlio naturale dovrà sempre preferirsi ad ogni altro, a norma degli art. 745 e 758, l'art. 765 presuppone la sua chiamata, anzichè direttamente stabilirla; dappoichè stabilisce chiamata diretta a pro del padre o della madre, sotto l'unica condizione di non esservi *prole*.

2° Altronde è manifesto che l'art. 757, invocato a pro de' genitori naturali, determina il concorso del figlio naturale co'parenti *legittimi* del *de cujus*, e la pruova ne discende eziandio dall'art. 758, il quale dichiara che il figlio natnrale ha diritto alla totalità de'beni, quando i suoi genitori non lascino *parenti in grado successibile;*

Or il *de cujus*, essendo egli medesimo figlio naturale, non può ad evidenza avere parenti legittimi nella linea ascendentale nè nella trasversale.

3° Da ultimo cotesta soluzione, imposta dai testi, è altresì eminentemente unisona al generale sistema del Codice. La regola si è che i figli del *de cujus* sou preferiti a'suoi genitori (art. 745, 746). Tal regola, la quale applicasi senza alcuna difficoltà, quando i figli ed i genitori sieno, da entrambi i lati, legittimi, cessa di essere applicabile, è ben vero, quando i figli sieno natnrali, mentre i genitori sono legittimi; ma le più gravi considerazioni di giustizia e di morale richiedevano che essa riassumesse il suo impero, quando i genitori ed i figli sieno egualmente naturali; e ben lungi dal dovere il legislatore dipartirsi qui dal principio che chiama i figli ad esclusione de' genitori, era giusto e consentaneo alla morale lo anteporre i figli a'genitori responsabili, al cospetto della società, di cotesta illecita filiazione (confr. Delvincourt, tomo II, pag. 23, nota 6; Toullier e Duvergier, tomo II, n. 269; Chabot, art. 765, n. 3; Poujol, art. 765, n. 1; Malpel, n. 164; Loiseau, p. 630; Taulier, t. III, p. 197; Demante, t. III, n. 84 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 533; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 219; Massé e Vergé, t. II, p. 280).

144.—Ad evidenza è mestieri altresì comprendere sotto il vocabolo *prole* i discendenti legittimi di ogni grado, val dire i figli ed i nipoti legittimi del figlio legittimo o naturale del *de cujus*.

Se dunque lo stesso figlinolo trovisi premorto, ovvero se, per una causa, qualsivoglia, rinunzia o indegnità, non succeda, i suoi discendenti legittimi succederebbero, sia per rappresentazione, sia di proprio diritto, a'genitori naturali del proprio autore (arg. dagli art. 739 e 765+675 e 680; confr. Demante, t. III, n. 84. *bis*, II; Zachariae; Aubry e Rau, t. IV, p. 219.)

145.—Diciamo ora: *i suoi discendenti legittimi*:di fatti non avvisiamo che il vocabolo *prole*, adoperato nell'art. 765, possa, ad onta della sua ampiezza, comprendere i figli semplicemente naturali del figlio del *de cujus*; avvegnachè, a norma dell'art. 756+674, la legge non conferisce alcun diritto a' figli naturali riconosciuti su'beni de' parenti del padre o della madre loro.

Non pertanto si è insegnato l'opposto sentimento: si è detto che il principio fermato con l'art. 756 tendeva segnatamente a mantenere i diritti della famiglia, e se applicavasi senza difficoltà ne' casi ordinarl, val dire nella successione di un figlio legittimo, doveva diversamente accadere nella successione di un figlio naturale; dappoichè allora non esiste famiglia legittima: quindi, si è soggiunto, il Codice abbandona manifestamente, in tal caso, il principio stabilito con l' art. 756, chiamando i fratelli o sorelle naturali del defunto (art. 766+681);*a fortiori* i discendenti naturali debbono venire ammessi; dappoichè la loro esclusione potrebbe giovare a'soli ascendenti o collaterali pertinenti alla famiglia naturale: or una simile esclusione non sarebbe menomamente motivata (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n°. 533).

È ben vero che l'art. 766 mentre chiama i *fratelli* o *sorelle naturali* a succedere ad un figlio naturale, constituisce una eccezione al principio fermato con l'art. 756; ma precisamente questa è una eccezione esorbitante, la quale abbisognava di venire scritta, e non potrebbesi estendere: or nessun testo ha fermato tale eccezione a pro de'discendenti naturali del figlio naturale del *de cujus*;

dappoichè non sapremmo ravvisarvela nel vocabolo *prole*, adoperato nell' art. 765, ed il quale non implica menomamente questa derogazione all'art. 756. Il legislatore indubitatamente avrebbe potuto apportare, eziandio per la ipotesi in esame, siffatta derogazione; ma non ci pare menomamente averla apportata.

146. — In mancanza di prole, la eredità del figlio naturale devolvesi al padre o alla madre, che l' abbia riconosciuto, o per metà ad entrambi, se sia stato riconosciuto da ambedue (art. 765—680).

E se il figlio, essendo stato riconosciuto da entrambi, uno di essi sia premorto, abbia rinunziato o sia indegno, la eredità del figlio devolvesi interamente a quello tra essi che sia sopravvissuto, o non abbia rinunziato, nè sia indegno (arg. dagli articoli 765, 766—681).

Non pertanto un autore ha insegnato che, in questa ultima ipotesi, la eredità doveva dividersi per metà fra il superstite dei genitori ed i fratelli o sorelle naturali (Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 765, *osserv.* 3).

Ma è malagevole comprendere le ragioni di cotesta dottrina; dappoichè 1° è dessa contraria al testo medesimo degli art. 765 e 766; 2° essa trasgredisce sempre i principii in materia di successione irregolare, principii fermati con l' art. 756, ed i quali non ammettono, tranne il caso eccezionale contemplato con l' art. 766 che i parenti, qualunque sieno, del padre o della madre di un figlio naturale riconosciuto possano succedere a costui: 3° da ultimo essa torna straniera al sistema delle successioni regolari, a norma di cui il padre o la madre superstite, in concorso con fratelli o sorelle del *de cujus*, consegue il solo quarto e non la metà della eredità (art. 749—671).

Di fatti i genitori naturali hanno, nella successione del proprio figlio, una chiamata diversa da quella dal Codice attribuita ai genitori legittimi: e mentre costoro concorrono coi fratelli o sorelle del *de cujus*; i proprii figli, i genitori naturali, o il superstite di essi: conseguono per contrario la totalità dei beni ereditarii, ad esclusione di tutti i fratelli e sorelle del *de cujus*. Il legislatore avrà indubitatamente considerato che i genitori, ad onta della loro colpa, dovessero nondimeno venir chiamati alla successione del proprio figlio, sia perchè il proprio figlio vien chiamato alla loro successione, sia perchè i beni da lui lasciati spesso proverranno dalle loro liberalità (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 220: Ducaurroy, Bonnier, e Roustaing, t. II, n. 534).

147. — Quello dei genitori, il quale avesse fatto al figlio naturale una donazione, succederebbe forse solo, ad esclusione dell' altro, nella cosa da lui donata?

Nol crederemmo; e ci basta rimetterci ai chiarimenti da noi dati su questa tesi, nel commentare l' art. 747 (*ved.* il t. I, n. 495-496).

148. — È evidente che gli ascendenti, eziandio legittimi, del padre o della madre del figlio naturale non possano avere alcun diritto nella eredità di cotesto figlio; dappoichè non iscorgesi, tra essi e lui, alcun vincolo legale; ed è questa la ragione per cui il figliuolo medesimo non ha verun diritto nella loro eredità (art. 756).

Laonde l' art. 765 chiama alla successione del figlio naturale soltanto *il padre* o *la madre*, che l' abbia riconosciuto.

149. — Ma è forse mestieri divisare altrettanto circa gli avi naturali, rispetto alla successione dei discendenti legittimi del loro figliuolo?

Paolo ha riconosciuto un figlio naturale, il quale abbia contratto matrimonio e sia morto, prima di lui, lasciando un figlio legittimo.

Il figlio stesso muore prima di Paolo, suo avo naturale.

Paolo potrà forse succedergli?

L' affermativa parrebbe meritare accoglimento:

1° Di fatti esiste una parentela legalmente riconosciuta trai genitori naturali ed i figli legittimi del proprio figlio; e la pruova si è che tali figli vengono chiamati a succedere al padre o alla madre naturali del loro autore, val dire al loro avo naturale;

Or la regola generale si è che i diritti di successibilità sono reciproci (confr. decis C. di Bordò 24 apr. 1834, Billand, Dev., 1831, II, 464, e 20 marzo 1837, Laburthe, Dev. 1837, II, 483; arresto C. cass. 13 marzo 1846, de Rothberg, Dev. 1846, I, 243);

Dunque gli avi naturali debbono succedere altresì ai discendenti legittimi del proprio figlio; *si vis te mihi succedere, fac ut tibi succedam*, diceva Delalande, su l' art. 311 della consuetudine di Orléans.

2° Di fatti forse l' obbligo di somministrare gli alimenti, *pietatis causa*, non sussisterebbe reciprocamente fra l' avo naturale ed i ni-

poti? Sì indubitatamente! (*ved.* il nostro t. V, n. 551): or in generale tale obbligo suppone del pari la reciproca successibilità.

3° Finalmente si aggiugne che la opposta soluzione offrirebbe estrema durezza, qualora, come avverrà quasi sempre, la eredità del nipote provenisse da liberalità, constituzione di dote o altre, fatte dall' avo naturale al figlio, ovvero direttamente allo stesso nipote. Dunque converrebbe, nell' opposto sistema, attribuire quei beni non solo al conjuge superstite, ma eziandio allo Stato, ad esclusione dell' avo! (confr. in questo senso un consulto del nostro dotto collega Feuguerolles, Dev; 1847, II, 569).

Comechè gravi tali motivi, non crediamo attendibile cotesta soluzione:

1° La successione *legittima* può deferirsi dalla sola legge;

Or nessun testo di legge deferisce al padre o alla madre di un figlio naturale riconosciuto la successione del figlio legittimo di costui:

Dunque tal successione non potrebbe loro competere.

2° Indarno invocasi l' art. 759—675, per inferirne, mercè interpretazione, la reciprocanza del diritto di succedere!

Primieramente cotesta regola di reciproca successibilità non è assoluta; e quindi l' adottato succede all' adottante senza succedere l' adottanto all' adottato (art. 350-351—274-275; *ved.* il nostro t. VI, n. 171).

In secondo luogo lo stesso legislatore ha innalzato in generale su questa base il suo sistema di successione intestata; e quando egli medesimo non l' applica, torna impossibile supplirla mercè interpetrazione; dappoichè, in simigliante materia, non potrebbesi attribuire la eredità agli uni senza spogliare arbitrariamente gli altri di un diritto di proprietà da essi acquistato in forza della legge!

3° Molto meno potrebbesi invocare, come non pertanto si è praticato, l' art. 746—668 e 669, il quale chiama gli ascendenti legittimi alla eredità dei loro discendenti! dappoichè è manifesto che i genitori *naturali* non potrebbero considerarsi come gli ascendenti *legittimi* del figlio, eziandio legittimo, del figlio *naturale* da essi riconosciuto.

Dunque è mestieri conchiudere che gli avi naturali verrebbero esclusi da tal successione non solo da tutti i parenti in grado di succedere, ma che il conjuge superstite, ed eziandio lo Stato dovrebbero venir loro preferiti (confr. il nostro tomo V, n. 552, ed il t. I di questo trattato, n. 497; sentenza del tribunale civ. di Nevers 7 genn. 1838, Chevannes, Dev., 1839, II, 289; decis. C. di Caen 9 giugno 1847, Lebailly, Dev. 1847. II, 570; arresto C. cass. 5 marzo 1849, stesse parti, Dev. 1849, I, 331; Demante, t. III, n. 85 *bis*, IV; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 281).

150. — I genitori naturali han forse un diritto di riserva nella eredità del loro figliuolo?

Quistione infinitamente controversa, comunque l' affermativa sembra prevalore oggidi in giurisprudenza (confr. arresto C. cass. 3 marzo 1846, de Rothberg, Dev. 1846, I, 243).

Nulladimeno cotesta soluzione è, a parer nostro, sommamente oppugnabile; ed appresso ci faremo a disaminarla con l' interesse che merita, nel titolo *delle Donazioni travivi e dei testamenti*, dove esporremo tutta la teorica della riserva e della quota disponibile (*supra*, n. 47 e 121).

151. — Altronde ben si comprende che i genitori possono succedere al proprio figlio naturale sol quando la sua filiazione sia stata legalmente riconosciuta.

Relativamente alle condizioni ed alle forme di questo riconoscimento, ed all' epoca in cui può farsi, non è questo il luogo di esporle; e dobbiamo, su tutti questi punti, inviare i leggitori al nostro *Trattato della paternità e della filiazione* (t. V, n. 2, 391 e seg).

151. *bis.*—Da ultimo, in mancanza di prole e di padre o madre, l' art. 766—681 regola la successione del figlio naturale nel seguente modo:

« In caso di premorienza del padre e della « madre del figlio naturale, i beni che questi avesse ricevuto dai medesimi, passano « ai fratelli o sorelle legittimi; quando si tro« vano in natura nella di lui eredità: le azioni « di ricupera, se ve ne sono, ovvero il prez« zo dei detti beni alienati, se per anco non « fu pagato, spettano egualmente ai fratelli « e sorelle legittimi. Tutti gli altri beni pas« sano ai fratelli e sorelle naturali; ed ai loro « discendenti. »

Quindi la legge investiga ancor qui, per eccezione, l' origine de' beni (art. 732, 351, 747—655, 275, 670); e divide la eredità in due parti, cioè;

A. Da un lato i beni che il figlio naturale

trapassato aveva ricevuti dai suoi genitori ; B. D' altro lato tutti gli altri beni che poteva avere acquistati diversamente, sia mercè il proprio lavoro, sia mercè liberalità fattegli da persone diverse dai suoi genitori.

452. — A. Primieramente l' art. 766 dichiara che i beni ricevuti dal figlio naturale dai proprii genitori trasmettonsi *ai fratelli* o *sorelle legittimi*.

Il vero si è che il figlio naturale non ha fratelli o sorelle legittimi : di fatti abbiam detto più volte che egli non può avere parenti legittimi diversi dai propri figli nati dal suo matrimonio : regolarmente è estraneo a tutti i parenti del padre o della madre sua, discendenti, ascendenti o collaterali; o almeno se vogliasi considerare il vincolo che li unisce, non potrebbesi mai rinvenirvi eccetto un vincolo di parentela meramente naturale. Dunque è inesatta la denominazione *fratelli e sorelle legittimi* ; e forse sarebbe stato più plausibile il dire: *i figli legittimi del padre o della madre del figlio naturale*.

Ed ora, per qual motivo devolvere tale specie di beni ai fratelli e sorelle legittimi ?

Tronchet, nella discussione in Consiglio di Stato ; ne addusse il vero motivo, dicendo; *Che siffatta devoluzione offre una compensazione di ciò che i figli legittimi abbiano perduto della eredità del padre loro per la parte attribuita al loro fratello naturale* (Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 96).

Laonde il legislatore ha stabilito a pro dei fratelli e sorelle legittime una specie di ritorno successorio, ad obbietto di riparare il nocumento che il figlio naturale aveva arrecato loro nel patrimonio del comune autore; ha considerato che la morte di questo figlio senza prole faceva, in certa guisa, mancare la causa del nocumento medesimo; e conseguentemente ha voluto che i beni ricevuti dal figlio naturale in detrimento dei figli legittimi tornassero a costoro.

Ben si ravvisa che assolutamente lo stesso pensiero ha inspirato il ritorno successorio, stabilito dall'art. 351—275 a pro dei discendenti dell'adottante nella successione dell'adottato (*ved.* il nostro tomo VI, numero 172 e seg.)

453.— Ed il motivo medesimo della disposizione dell'art. 766—684 ha fatto sorgere una delle più controverse quistioni intorno a questo obbietto.

Di fatti si è dimandato, se i figli legittimi del genitore premorto succedono nei beni che il figlio naturale avevane ricevuti sol quando l'altro genitore sia pure premorto ?

Ovvero se, per contrario, il ritorno legale, conceduto loro con l'art. 766, possa esercitarsi da essi, ad esclusione dell'altro genitore superstite ?

A pro di questa ultima tesi si è invocato con moltissimo vigore lo essenziale motivo, dicesi, su cui il medesimo ritorno successorio trovasi fondato, motivo simigliante a quello da cui trassero origine gli art. 351 e 747, ed il quale dee conseguentemente produrre gli stessi effetti;

Or, nei casi contemplati con gli art. 351 e 747, dovunque tale specie di ritorno successorio trovasi stabilito, si ravvisa che la *prole* del *de cujus* può sola ostarvi, è, in mancanza di *prole*, esercitasi per contrario ad esclusione di ogni altro ;

Dunque debbe avvenire lo stesso nel caso identicamente simile contemplato con l'articolo 766.

Di fatti a che monta, relativamente al motivo di equità su cui trovasi fondato questo ritorno successorio a pro dei figli legittimi del genitore, da cui son provenuti i beni al figlio naturale, la sopravvivenza dell'altro genitore, da cui tali beni non sono provenuti ? Forse questo genitore ha un titolo qualsivoglia per pretenderli? Forse non è assolutamente estraneo ai figli legittimi dell'altro genitore? O non sarebbe forse una immoralità del più pericoloso esempio il vedere uno dei concubini impinguarsi, in detrimento dei figli legittimi dell'altro, coi beni che il figlio naturale aveva ricevuti da costui ?

Si aggiugne che tal sistema produrrebbe ancora altre conseguenze non meno inaccettabili; dappoichè ne conseguirebbe:

Da un lato che, in caso di premorienza dei genitori, i fratelli o sorelle legittimi del padre o della madre succederebbero indistintamente, *promiscue*, non solo nei beni che il figlio naturale avesse ricevuto dal loro comune autore, ma eziandio in quelli che avesse ricevuto dall'autore loro estraneo; che i figli legittimi del padre, per esempio, succederebbero nei beni che il figlio naturale avesse ricevuti dalla madre; e reciprocamente (*ved.* all'obbietto *infra*, n. 454);

E d'altro lato, che il ritorno successorio, stabilito indistintamente con l'art. 766 a pro dei figli legittimi dell'uno o dell'altro genitore, sussisterebbe per contrario a pro dei figli legittimi di uno dei genitori sopravvissuto al-

l'altro. Or dunque, per qual ragione i figliuoli medesimi verrebbero trattati più favorevolmente di quelli del premorto, parimente donante ?

Per ammettere una dottrina producente siffatte conseguenze, sarebbe necessario un testo positivo ed imperativo: or l'art. 766, dicesi, non ha questo carattere. E ben vero che adopera la particella congiuntiva *e* e non la dispositiva *o* : « In caso di premorienza del padre *e* della madre ... » Ma primieramente è ben noto che la compilazione dei nostri Codici non va sempre, a dir vero, immune da inesattezze grammaticali; e possonsi additare, particolarmente, parecchi articoli, in cui trovasi ad evidenza adoperata la particella *e* in vece dell' altra o (art. 859, 1041 — 778, 996); or la pruova esser questo eziandio lo intendimento dei compilatori, nell'art. 766, si è che lo stesso oratore del governo (Treilhard), il quale presentò il titolo delle Successioni al Corpo legislativo, esponendo l'art. 766, disse il padre o *la madre* (Fenet, t. X, p. 150); e, in secondo luogo, l'art. 766, pure lasciandovi la disgiuntiva *e*, può spiegarsi, nel senso di sancire simultaneamente pei genitori una regola da applicarsi distributivamente per ciascuno di essi (confr. consulto di Loiseau e Duvergier, D. 1845, II, 182 ; Duranton, t. VI, n. 338; Chabot e Belost-Jolimont, art. 766, *osserv.* 3, Malpel, n. 164; Vazeille, art. 766, n. 2; Marcadé, art. 766, n. 2; Richefort, tomo III, pag. 22; Pont, *Rivista di Legislaz.*, di Woloski, 1846, t. II, p. 94 e seg.; D., *Rac. alfab.* v. *Success.*, numero 366 ; Massé e Vergé sopra Zachariae, tomo II, p. 282).

Le precedenti considerazioni sono al certo sommamente gravi; anzi, in quanto a noi, avremmo desiderato che il legislatore vi si fermasse; ma ci sembra indubitato non averlo fatto, e la pruova ne discende, a parer nostro, primamente dal positivo testo degli art. 765 e 766; ed indi da tre argomenti dimostranti non potersi il testo medesimo interpetrare in altra guisa :

1° A norma dell'art. 765 *la eredità* del figlio naturale, morto senza prole, è devoluta al padre o alla madre che l' abbia riconosciuto; ovvero per metà a ciascuno di essi, quandosia stato riconosciuto da entrambi: la *eredità*, dichiara il testo in esame, cioè la totalità dei beni; e per distrarne, a pro dei fratelli o sorelle legittimi, i beni provegnenti dall'altro autore, sarebbe indispensabile un testo che modificasse l'assoluta generalità dei termini dell'art. 765.

Or non evvene alcuno: di fatti unicamente in caso di premorienza DEL padre E della madre del figlio naturale, l'art. 766 attribuisce ai fratelli o sorelle legittimi i beni ricevutine.

Dunque, quando uno dei genitori sia sopravvissuto, l'art. 765 rimane con la sua assoluta generalità, e la intera *eredità* devolvesi al padre o alla madre superstite.

2° Possonsi indubitatamente addurre alcuni esempii, altronde abbastanza rari, in cui il legislatore ha adoperato indebitamente la congiuntiva *e* in vece della disgiuntiva o, ma allora il manifesto senso dello intero articolo dimostra non essere suscettivo di altra interpetrazione (confr. art. 859, 1041.) Non è dire menomamente lo stesso dell'art. 766 ; e tre argomenti dimostrano per contrario che la congiuntiva *e* esprime qui con la massima chiarezza la condizione della duplice premorienza del padre *e* della madre :

Primieramente è da riflettere che l'articolo 766 forma seguela ed annodasi all' articolo 765, e che contempla una terza ed ultima ipotesi, dopo le due ipotesi già contemplate con l' art. 765: or l' art. 765 ha contemplato: 1° il caso in cui il figlio naturale lasci il padre o la madre; 2° il caso in cui lasci il padre *e* la madre: dunque l' art. 766 contempla e regola al certo il caso in cui non lasci *nè* il padre *nè* la madre.

In secondo luogo la successione dei fratelli o sorelle legittimi nei beni provegnenti dal comune autore è ad evidenza, nell' articolo 766, paralella all' successione dei fratelli o sorelle naturali negli altri beni ; entrambe van sottoposte alle stesse condizioni di esistenza o di apertura, una sola e medesima disposizione (art. 766) fermandole una a fianco all' altra;

Or la successione dei fratelli o sorelle naturali negli altri beni esercitasi in caso di doppia premorienza del padre *e* della madre;

Dunque debbe avvenir lo stesso della successione dei fratelli e sorelle legittimi nei beni provegnenti dal comune autore.

Da ultimo i lavori preparatorii non permettono, a parer nostro, di dubitare esser questa la ipotesi contemplata con l' articolo 766.

L' art. 52 del progetto, corrispondente all' art. 766, deferiva, *in mancanza del padre e della madre*, la eredità del figlio naturale

ai fratelli e sorelle del defunto, *senza distinzione dei fratelli e sorelle legittimi*, o *ai loro discendenti* (Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 93);

Or il Consiglio di Stato, mentre ha creduto dover escludere i fratelli e sorelle legittimi dalla eredità, ha conferito loro un diritto di ritorno sui beni provognenti dal loro autore;

Dunque è manifesto che ha conferito loro cotesto diritto di ritorno in compensamento del diritto di successione loro tolto, e soltanto a titolo di prelevazione su la eredità che dovevano primieramente, a norma del progetto, dividere coi fratelli e sorelle naturali: dunque il loro diritto di ritorno sorge, in conformità dell' art. 766, nel medesimo caso in cui sarebbe sorto, secondo l' articolo 52 del progetto, il loro diritto di successione, val dire *in mancanza* o *in caso di premorienza del padre e della madre* (confr. decis. C. di Digione, 1, agosto 1818, Lantissier, Dev, e Car., *Collez. nuova*, 5, II, 409; di Riom 4 ag. 1820, Peytieux, Sirey, 1821, II, 313; di Parigi 27 nov. 1845, Bayenx, Dev., 1846, II, 196; Zachariae, Aubry e Rao, t, IV, p. 227; Cadres, n. 214; Demante, t. III, n. 85 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier, e Roustaing, t. II, p. 537).

154. — Ma dalla soluzione che testè abbiamo offerta non emerge che, quando i genitori sieno entrambi premorti, i figli legittimi succedano indistintamente, *promiscue*, in tutti i beni che il figlio naturale potrebbe avere ricevuti da entrambi; per modo che i figli legittimi del padre succederebbero nei beni provegnenti dalla madre, ed i figli legittimi della madre nei beni provegnenti dal padre.

È ben vero essersi preteso che tale era la conseguenza della nostra dottrina (*supra*, n. 153).

Ma per contrario noi la neghiamo affatto.

Quando non sieno i genitori entrambi premorti, il diritto di ritorno non esercitasi menomamente a pro dei fratelli o sorelle legittimi. Ecco la precedente ipotesi.

Ma per contrario, quando per la premorienza dei genitori, il diritto di ritorno si avvera, il manifesto pensiero del legislatore si è il far ritornare i beni ai figli legittimi di quello dei genitori da cui son provenuti; dunque i beni provenuti dal padre tornano ai figli legittimi del padre, ed i beni provenuti dalla madre ai figli legittimi della madre.

È questo, diciamo, il manifesto pensiero del legislatore; e, se è vero che l' art. 766 non il disvela compiutamente, nulla racchiude che l' osteggi, ed impedisca che l' articolo venga applicato in conformità del pensiero medesimo (confr. Chabot, art. 766, n. 4, Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 226; Demante, t. III, n. 86 *bis*, III).

155. — Sembra non di assoluta necessità il far osservare che precisamente nella eredità dello stesso figlio naturale i fratelli o sorelle legittimi raccolgono i beni che il figliuolo medesimo aveva ricevuti dal loro comune autore.

È ben vero che tal successione è poggiata sopra una specie di diritto di ritorno, per effetto di cui i beni, momentaneamente distratti dal patrimonio del comune autore, a pro del figlio naturale, reputansi tornarvi, trovandosi svanita la causa per la quale ne erano usciti; ma ad evidenza è questo il motivo della legge; ed effettivamente i beni non tornano menomamente alla successione anteriormente aperta del padre o della madre: dunque unicamente nella stessa successione del figlio naturale i fratelli o sorelle legittimi vengono chiamati a raccoglierli: è questa una eredità novella ed affatto distinta dalla eredità del padre o della madre: dalle quali cose conseguita che i fratelli o sorelle legittimi potrebbero accettarla, dopo avere rinunziato alla eredità del loro autore, come potrebbero rinunziarvi, dopo avere accettato la costui eredità (confr. il nostro t. VI, n. 173; e Demante, t. III, n. 86 *bis*, V).

156. — I discendenti dai fratelli o sorelle legittimi possono forse esercitare l' azion di ricuperamento dall' art. 766—681 stabilita a pro dei fratelli o sorelle medesimi?

Tal quistione è sommamente controversa; e di fatti essa ci pare di delicatissima soluzione.

Tre opinioni si sono messe in campo:

A norma della prima, i discendenti dai fratelli o sorelle legittimi, che potrebbero denominarsi, adottando la terminologia del legislatore, *i nipoti legittimi* del *de cujus*, non possono succedere al loro zio o zia, figliuolo naturale, nel caso contemplato con l' articolo 766, nè di proprio diritto, nè per rappresentazione: il testo della legge è, dicesi, positivo; chiama *i fratelli e sorelle legittimi*, senza aggiugnere *i loro discendenti*; ed il suo silenzio, rispetto a costoro, ha tanta maggior significanza, in quanto che attribuendo imme-

diatamente gli altri beni ai fratelli e sorelle naturali, usa per contrario la diligenza di aggiugnere: *o ai loro discendenti*. Or, siccome trattasi qui di un diritto di successione affatto eccezionale e poggiante sul mero vincolo del sangue; così è mestieri attenersi al testo medesimo della legge (confr. arresto C. cass, 1. giugno 1853, Labirigoyen *G. del Foro*, 1856; t. I, p. 455; Grenier, t. II, n. 677; Malpel, n. 164; Richefort, *Dello stato delle fam.*, t. III, n. 456; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 537; Demante, t. III, n. 36 *bis*, IV; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 281).

La seconda opinione dichiara eziandio che i discendenti dai fratelli o sorelle legittimi non possono succedere di proprio diritto; ma li ammette a succedere per rappresentazione; ed il suo motivo si è che i discendenti dai fratelli o sorelle succedendo, per effetto della rappresentazione, nel luogo, nel grado e nei diritti dei rappresentati, divengono quindi essi medesimi *fratelli e sorelle* legittimi, a norma dell' articolo 766 (confr. Marcadé, art. 766, n. 2).

Da ultimo, in conformità della terza opinione, gli stessi discendenti da fratelli o sorelle legittimi dovrebbero succedere qui, in tutti i casi, sia di proprio diritto, sia per rappresentazione; dappoichè, ammettendosi a succedere per rappresentazione, è uopo altresì ammetterli a succedere di proprio diritto: di fatti nessuno può venire ammesso a succedere per rappresentazione nella eredità di colui al quale non avrebbe potuto succedere di proprio diritto (confr. Delvincourt, t. II, p. 67; Toullier e Duvergier, t. 2, n. 269, nota 2; Duranton, t. VI, n. 337; Chabot, articolo 765, n. 5; Poujol, art. 765, n. 3, Vazeille, art. 766, n. 3; Taulier, t. 3, p. 201; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 226).

Quali di queste tre opinioni è la migliore?

La prima sembra indubitatamente, a primo aspetto, più agevole a sostenere; dappoichè milita a suo pro il senso letterale della legge, ma conviene confessarlo, è dessa contraria al suo spirito; ed inoltre può trovarsi in gravissima perplessità.

Di fatti che mai statuirà essa, se esistano simultaneamente un fratello legittimo ed un discendente da altro fratello legittimo premorto?

Attribuirà forse al fratello, esclusione del nipote, tutti i beni provegnenti dal comune autore, dal padre e dall' avo loro? Taluni statuiscono così (Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 281). Ma tal risultamento trasgredisce manifestamente la volontà del legislatore e la stessa equità; avvegnachè al certo non si è voluto nè potuto volere che i beni provenuti al figlio naturale tornassero ad uno dei rami della discendenza legittima, in detrimento degli altri rami, per guisa da alterare la eguaglianza che il legislatore vuole, per contrario, sempre mantenere tra essi, e far sì che la momentanea esistenza del figlio naturale, attualmente trapassato senza prole, e di cui la legge vuole, in certo modo, cancellare la traccia nel passato, produca per contrario cotesta flagrante ineguaglianza nella famiglia.

Conseguentemente si sosterrà che i medesimi discendenti dai fratelli o sorelle succederanno, in questo caso, per rappresentazione, coi loro zii o zie? Di fatti è questo il sentimento appalesato da altri propugnatori di tale prima opinione (Demante, *loc. supra cit.*) Ma allora questa opinione si smentisce di per sè, ed ammette i discendenti dai fratelli o sorelle a succedere per rappresentazione al figlio naturale: or, se è ben fondato che l' articolo 766 neghi loro cotesta chiamata, non comprendesi che l' ottengono in un caso anzichè nell'altro; dappoichè, al postutto, sienvi o pur no fratelli o sorelle, trattasi sempre, per essi, nipoti, di succedere per rappresentazione al figlio naturale.

Relativamente alla seconda opinione, è ben vero che ovvia a questa difficoltà, ammettendo, in tutti i casi, la rappresentazione; ma è manifesto che essa dipartesi così dal testo medesimo dell' art. 766, da essa non pertanto invocato; ed inoltre trasgredisce tutti i principii su la materia, quando nega ai nipoti il diritto di adire, di proprio diritto, una eredità che permette loro adire per rappresentazione (*ved.* il tomo I di questo trattato, n. 393).

La conclusione del fin qui detto sarebbe esser la terza opinione, in mezzo a tutte coteste difficoltà, più plausibile, ed esser mestieri ammettere qui i discendenti dai fratelli o sorelle a succedere, sia di proprio diritto sia per rappresentazione;

1° Ci sembra indubitato esser tale opinione unisona al vero intendimento del legislatore. Tutti i lavori preparatorii dell' art. 766 il dimostrano o l' art. 52 del progetto (corrispondente all' art. 766) dichiarava che:

« In mancanza dei genitori, la eredità de-

« volvesi ai fratelli o sorelle del defunto, « senza distinzione dei fratelli o sorelle le- « gittimi o naturali, o *ai loro discendenti*; »

Ed il progetto dell' anno VIII, il quale chiamava primieramente i fratelli o sorelle legittimi (art. 71), ed in loro mancanza soltanto i fratelli e sorelle naturali (art. 73), disponeva aziandio positivamente (art. 73) che *nel caso dei due articoli precedenti, i figli o discendenti dai fratelli o sorelle legittimi o naturali premorti succedono* (confr. Locré, t. X, p. 93; Fenet, t. II, p, 136 e 566). E ben vero che, per effetto dei mutamenti successivi cui soggiacque la compilazione, il vocabolo *discendenti* non riaviensi, nell' articolo 766, in seguela della espressione *fratelli e sorelle legittimi*. Ma nulla dimostra aver voluto il legislatore privarli di un diritto, il quale, secondo il suo generale sistema, del pari che avuto riguardo allo scopo particolare di questa speciale disposizione, doveva logicamente appartenere loro.

2° Di fatti sappiamo che dovunque il nostro codice attribuisce ai nipoti gli stessi diritti creditarii che ai fratelli o sorelle medesimi (*ved.* il tomo I, n. 452). Laonde abbiam divisato che, nell' art. 757, i nipoti del *de cujus* trovansi compresi sotto la denominazione generale di fratelli e sorelle (*supra* n. 75). Si è obbiettato che, nel caso contemplato con l' art. 757, trattavasi, pei discendenti dai fratelli o sorelle, di adire, a norma del diritto comune, la successione regolare del loro zio o zia legittimi; mentre l' art. 766 stabiliva, a pro dei fratelli o sorelle, una successione profondamente irregolare nei beni lasciati dal figlio naturale del proprio autore, e tal successione non potevasi amplisre. Noi non disconosciamo la differenza, sotto questo rapporto, fra l' art. 757 e l' art. 766. Ma ci pare che tal differenza non impedisca che la nostra proposizione sia parimente qui applicabile, cioè che il legislatore ha, sempre e dovunque trattato nel titolo delle successioni, i discendenti da fratelli o sorelle come i fratelli o sorelle medesimi. E ne rinvenghiamo una pruova anche adequata nell' art. 351, il quale attribuisce un diritto di ritorno precisamente simile a questo *ai discendenti* dell' adottante nella eredità dell' adottato morto senza prole; or la famiglia naturale del figlio nato fuori matrimonio merita anche minor favore della famiglia legittima dell' adottato: dunque il legislatore il quale preferisce *i discendenti* dell' adottante ai parenti legittimi dell' adottato, ha dovuto, *a fortiori*, anteporre i discendenti legittimi del padre o della madre del figlio naturale ai parenti naturali di costui, e forse pure allo Stato! avvegnachè, nell' opposto sistema, converrebbe effettivamente giugnere sino a dichiarare essere lo Stato preferibile ai discendenti dai fratelli o sorelle legittimi (*infra*, n. 165).

3° Finalmente aggiagniamo che il particolare scopo di questa speciale disposizione richiede che avvenga così; imperocchè l'art. 766 stabilisce nella successione del figlio naturale morto senza prole una distinzione fra beni *proprii* e quelli *acquistati*, per attribuire i primi alla famiglia legittima da cui provennero; e difficilmente potrebbesi spiegare come mai i discendenti dai fratelli o sorelle non verrebbero chiamati altresì a raccogliere quei beni proprii della loro famiglia.

157. — A norma del testo dell'art. 766, la successione dei fratelli o sorelle legittimi si applica *ai beni*, che il figlio naturale *avea ricevuto* dai suoi genitori.

Tali espressioni comprendono al certo dapprima tutti i beni donati al figliuolo naturale, in qualsiasi modo, eziandio mercè simulate liberalità (confr. art. 760, 911 —676, 827, decis. C. di Grenoble 12 gen. 1840, Cheral, Dev. 1840, II, 216; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 269, nota C).

Ma è mestieri ad evidenza comprendervi altresì i beni che il figlio naturale avrebbe conseguito nella eredità del comune autore.

L' articolo 351, in una congiuntura affatto simigliante, applica lo stesso diritto di ritorno *alle cose donate dall'adottante o provenute dalla di lui eredità*, e lo essenziale motivo dell' art. 766 non permette dubitare che il vocabolo generico *ricevuto*, in esso adoperato, comprenda tutti i modi onde i beni del padre o della madre han potuto trasmettersi al figlio naturale: quindi i compilatori dell' art. 766 han positivamente dichiarato applicarsi *alla parte della eredità provegnente dal padre o dalla madre comune* (confr. Fenet, t. XII, p. 34; Demante, t. III, n. 86 *bis*, I; Zachariae, Aubry e Rau, tom. IV. p. 226.)

158.—L' art. 766 stabilisce un diritto di ritorno successorio a pro de' fratelli o sorelle legittimi; diritto affatto simigliante a quello fermato dagli art. 351, 352 e 275, 276 e 670. Il vocabolo *ritornano, passano*, rinviensi di fatti adoperato nell'art. 766; e questo *ritorno* ad evidenza può essere soltanto *successorio*;

dappoichè la nostra disamina cade sul titolo delle *Successioni* ed unicamente quando i beni trovinsi nella *eredità* i fratelli e sorelle legittimi vengono chiamati a conseguirli.

Da ciò discende che cotesto ritorno successorio debba andar sottoposto, nell sue condizioni di esercizio e ne' suoi effetti, a tutte le regole riguardanti tale specie di diritto; ed è indubitato, per esempio, che i fratelli o sorelle legittimi sono in obbligo di contribuire a'debiti ereditari in proporzione del valore de'beni da essi conseguiti (arg. dell'art. 354).

Dunque dobbiamo qui inviare i leggitori agli sviluppamenti da noi offerti, sul ritorno successorio stabilito a pro dell'ascendente donante con l'art. 747+670 (t. I, n. 470 e seg.)

159.—Non in qualità di *eredi legittimi*, ma semplicemente come *successori irregolari*, i fratelli o sorelle legittimi, vengono chiamati con l'art. 766.

Tal proposizione ci pare ben fondata, comunque contraddetta da un chiarissimo intelletto (V. *Consulto di Fenguerolles*, Dev., 1847, II, 571.)

I soli eredi legittimi trovansi uniti al *de cujus* mercè il vincolo di legittima parentela.)

Or nessuno vincolo simigliante rinviensi tra' figli legittimi ed il figlio naturale dello stesso padre o della stessa madre;

Dunque i figli legittimi, nella eredità del figlio naturale, possono essere semplici successori irregolari (*infra*, n. 166; t. I, n° 121; Demante, t. III, n. 86 *bis*, IV.)

160.—B. A norma della finale disposizione dell'art. 766, tutti gli altri beni, val dire *gli acquistati*, passano a'fratelli o sorelle naturali, o a' loro discendenti (*supra*, n. 151 o 157).

A' fratelli o *sorelle naturali*, val dire agli altri figli nati fuori matrimonio degli stessi genitori, o dello stesso padre soltanto, o soltanto della stessa madre.

Sotto la condizione però che questi altri figli sieno stati legalmente riconosciuti; dappoichè, senza il riconoscimento, la loro filiazione sarebbe incerta.

Ma dunque da qual ragione muove tal preferenza conceduta a'*fratelli o sorelle naturali* ad esclusione *de' fratelli e sorelle legittimi*? avvegnachè sembra che i fratelli e le sorelle legittimi, per essere *legittimi*, sono sempre fratelli e sorelle *naturali*.

Due ne sono le ragioni:

La prima che, da un lato, il diritto di successibilità è, in generale, scambievole: or, tale reciprocanza, possibile a stabilire tra' fratelli o sorelle naturali gli uni rispetto agli altri, addiveniva impossibile tra' fratelli o sorelle legittimi ed i fratelli o sorelle naturali: di fatti non si sarebbe potuto, senza introdurre in realtà i fratelli e le sorelle naturali nella famiglia, chiamarli alla successione de'fratelli e sorelle leggittimi.

La seconda ragione d'altro lato, si è che i fratelli o sorelle naturali d' ordinario son poco agiati, ed è sembrato equo e politico attribuir loro così mezzi di sussistenza e di stabilimento; tanto più che allora potevasi far ciò senza detrimento pe'fratelli o sorelle legittimi, i quali, dal lato del proprio autore, non hanno alcun diritto a' beni derivanti da tale origine.

161.—L'art. 766 chiama non solo i fratelli o sorelle naturali, ma eziandio i *loro discendenti*.

Dunque costoro medesimi possono succedere, sia per rappresentazione del proprio autore, sia di proprio diritto, negli altri beni lasciati dal figlo naturale.

Sia per rappresentazione, noi diciamo, sia di proprio diritto; dappoichè il testo dell'articolo in esame è assoluto (confr. Marcadé, art. 766, n. 3; *ved.* pure *infra*, n. 163.)

162.—Dalla generalità di questo testo più giureconsulti han pure conchiuso che l' art. 766 chiamava non solo i *discendenti legittimi* da'fratelli o sorelle naturali, ma eziandio i loro *discendenti naturali riconosciuti*.

Trattasi qui, dicesi, di un diritto di successibilità fondato sul mero vincolo del sangue; e non potrebbesi obbiettare il principio fermato nell' art. 756 non avere i figli naturali alcun diritto su' beni de' parenti del padre o della madre loro; dappoichè precisamente lo art. 766 deroga a cotesto principio chiamando i fratelli e le sorelle naturali a succedersi scambievolmente (confr. Chabot, art. 766, n° 6; Malpel. n. 161; Poujol, art. 766, n. 7; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n° 539).

È ben vero che l' art. 766 deroga, nella sua finale, disposizione, al principio stabilito con l' art. 756; ma è questo una deroga-zione affatto eccezionale, la quale debbe essere conseguentemente circoscritta entro i limiti dal testo prefissati;

Or solo relativamente a' fratelli o sorelle *naturali* l'art. 766 ha introdotto siffatta eccezione: esso non ha soggiunti: o a'loro discendenti legittimi *o naturali*;

Dunque, circa i loro discendenti, restiamo sottoposti allo impero della regola generale.

Ciò che emerge semplicemente dall'art. 766 si è che una specie di parentela naturale, per determinato effetto, trovasi stabilita tra gli stessi fratelli o sorelle naturali: or la parentela, qualunque sia, può trasmettersi a' soli discendenti legittimi. Diversamente si giugnerebbe allo spiacevole risultamento, che il figlio naturale del figlio naturale, il quale non può succedere al padre di suo padre (suo avo naturale), succederebbe nondimeno al fratello di suo padre, suo zio naturale! (Confr. *supra*, n. 88; Duvergier sopra Toullier, t. II, n° 259, nota *a*; Demante, t. III, n° 86 *bis*, VII; Marcadé, art. 766, n° 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 220; Massé, e Vergé, t. II, p. 281).

163.—In quale ordine debbono succedere qui i fratelli o sorelle naturali o i loro discendenti? ed in qual modo tale eredità debbesi ripartire tra essi?

Tal generale quistione comprende, come bensì ravvisa, due speciali quistioni:

1° È forse uopo applicare gli art. 742 e 743+663 e 665, e vi è forse luogo alla rappresentazione?

2° È forse uopo applicare' gli art. 733 e 752, e la ripartizione della eredità debbe forse aver luogo tra' fratelli e le sorelle germani, uterini e consanguinei, o loro discendenti?

Dimandiamo primieramente se vi sia luogo, in tal caso, alla rappresentazione?

Il dubbio potrebbe derivare dalla circostanza che essendo la rappresentazione una finzione, dovrebbesi ammettere in forza di un testo di legge, e che l'art. 766 non ha dichiarato aver luogo in questa successione irregolare.

Ma non crediamo doversi fermare a cotesto primo aspetto:

La rappresentazione è una delle grandi regole del devolvimento dei beni *ab intestato*, regola fondata su la presunta affezione del *de cujus* e su la equità; e l'art. 759—675 l'ha, come testè ravvisammo, positivamente ammessa nelle successioni irregolari, almeno in linea retta: or l'art. 766—681 chiamando senza altra spiegazione, *i fratelli e sorelle naturali* o *i loro discendenti*, si è con somma verosimiglianza rimesso alle regole ordinarie, a norma di cui, secondo il diritto comune, la eredità è attribuita ai fratelli e sorelle o loro discendenti; ed il suo silenzio al l'obbietto debbe tanto più interpetrarsi in tal senso, in quanto che tale interpetrazione produce risultamenti unisoni alla presunta volontà del defunto ed alla eguaglianza, consentanea al voto della legge (confr. Loiseau, p. 637; Chabot, art. 766, n. 7; Demante, t. III, n. 86 *bis*, VIII).

164. — La nostra seconda quistione consiste nel conoscere se debbonsi qui applicare gli art. 733 e 752, val dire se sia mestieri dividere la eredità in due parti eguali, di cui una verrebbe attribuita ai fratelli e sorelle naturali consanguinei, e l'altra ai fratelli e sorelle naturali uterini, col diritto pei fratelli e sorelle naturali germani di partecipare in ciascuna di esse.

In senso affermativo si son messi in campo due principali argomenti:

Da un lato è da rammentare che, nel progetto, questa sezione del nostro Codice finiva con un articolo così concepito:

« La eredità del figlio naturale devolvesi « al padre, alla madre, ai fratelli o sorelle, « quando sia stato legalmente riconosciuto: *del* « *resto va regolata in conformità dei princi-* « *pii generali su le successioni.* » (Fenet. t. XII, p. 32).

Se cotesto articolo venne eliminato, l'unica ragione si è, dicesi, essere sembrato inutile; e come, ad onta della soppressione di detto articolo, nessuno contrasta esser necessario, per venir chiamati i successori del figlio naturale, che il figliuolo medesimo sia stato legalmente riconosciuto, così del pari neppure è da contraddire dover la sua successione venire retta *a norma delle regole generali.*

D'altro lato di fatti è ragionevole e logico che il *doppio vincolo*, considerato come la sorgente di un'affezione maggior di quella emergente dal *semplice vincolo*, produca, nelle successioni irregolari e fra parenti naturali, gli stessi effetti che produce nelle successioni regolari e tra parenti legittimi; e chi sia fratello del *de cujus* simultaneamente da parte del padre e della madre sua, avendo quindi un doppio titolo alla sua eredità, debbe conseguentemente prendervi doppia parte (confr. Delvincourt, t. II, p. 23, nota 9; Toullier, t. II, n° 269; Chabot, art. 766, n. 7; Taulier, t. III, p. 202; Marcadé, articolo 766, n. 4; Vazeille, art. 766, n. 5; Loiseau, p. 637; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 221; Massé e Vergé, t. II, p. 381; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 359-360).

Nulladimeno noi non ammettiamo cotesta dottrina;

1° Essa ci pare primamente contraria al testo medesimo dell'art. 766, a norma di cui tutti gli altri beni trasmettonsi *ai fratelli e sorelle naturali* o *ai loro discendenti*;

Or questo testo non fa alcuna specie di distinzione tra' fratelli e sorelle germani, uterini o consaguinei;

Dunque li chiama tutti egualmente; dunque non potrebbesi, senza violare il testo medesimo, procedere, in simigliante caso, alla divisione della eredità in due parti, per guisa da attribuire ai germani diritti più ampi che agli uterini ed ai consanguinei;

2° Di fatti, quando il legislatore stabilì con l'art. 733 la division della eredità legittima in due parti eguali, non fu mosso da ragioni desunte dall'affezione maggiore del defunto pei parenti di doppio vincolo che pei parenti di semplice vincolo. Ciò che volle, come già affermammo, si è il rimuovere così gl'inconvenienti che potevano emergere dallo abolire l'antica massima: *Paterna, paternis, materna, maternis*; si è lo attribuire da ultimo, aleatoriamente, a ciascuna delle linee della parentela, la metà di tutti i beni, per modo che ciascuna di esse, se non succedeva più esclusivamente nei beni propri, succedesse almeno per metà in tutti i beni propri confusi in avvenire con gli altri (*ved.* il t. I, n. 366);

Or tutto ciò non è suscettivo di possibile applicazione, nè ha per sè assolutamente alcuna ragion di sussistenza, trai fratelli e le sorelle naturali: di linea paterna o materna non avvene alcuno! la linea paterna, la linea materna, ma è questa la stessa famiglia! e nel caso in esame, non esiste famiglia! In tal caso neppure è da rimediare apparentemente all'abolizione dell'antico modo di devolvimento dei beni propri, il quale non avrebbe mai potuto neanco concepirvisi;

Dunque torna impossibile applicare, in tale irregolare successione, uno stabilimento esclusivamente speciale alla successione regolare ed alla parentela legittima.

È ciò diverrà soprattutto manifesto, laddove suppongasi esservi, contemporaneamente a fratelli o sorelle naturali, fratelli o sorelle legittimi; i quali soli conseguirebbero i beni che il figlio naturale trapassato avesse ricevuti dai suoi genitori; per modo che i fratelli o sorelle naturali si troverebbero allora compiutamente esclusi dalla successione in questa specie di *beni propri*!

3° Da ultimo i lavori preparatorii del Codice, invocati dalla dottrina da noi combattuta ci sembrano per contrario poterlesi opporre vittoriosamente.

Di fatti, secondo i diversi progetti anteriori alla diffinitiva compilazione dell'art. 766, gli stessi fratelli e sorelle legittimi venivano chiamati a succedere *negli altri beni* del figlio naturale; chiamati, diciamo, primamente ad esclusione eziandio dei fratelli e sorelle naturali, ed indi in concorso con essi; e precisamente in quei progetti rinvenivasi la disposizione invocata, la quale dichiarava che la eredità del figlio naturale dovesse conseguirsi in conformità delle regole generali delle successioni;

Or appunto cotesta disposizione fu tolta via, nello statuire che i fratelli e le sorelle legittimi non succederebbero *negli altri beni* del figlio naturale;

Dunque tal disposizione eliminata riferivasi, nel pensiero del legislatore, ai fratelli e sorelle legittimi; ed il pensiero medesimo addiviene evidente mercè il ravvicinamento degli art. 71 e 72 del progetto dell'anno VIII:

Articolo 71: « In mancanza di padre o ma« dre del figlio naturale, i suoi fratelli so« relle *legittimi* gli succedono ad esclusione « della repubblica.

« *Essi gli succedono ciascuno nella propria* « *linea, secondo che saranno consanguinei* o « *uterini.* »

« Articolo 72: « In mancanza di fratelli e « sorelle legittimi, i fratelli e sorelle naturali « succedono al proprio fratello e sorella natu« rale. » (Fenet, t. II. p. 156).

Ben si ravvisa che questo ultimo articolo non faceva alcuna distinzione tra gli uterini ed i consanguinei.

Ciò premesso, poco monta che l'oratore del governo, nella esposizion dei motivi, abbia dichiarato *doversi eseguire la legge generale su le successioni* (Fenet, t. II, p. 150). È questa una individuale opinione, la quale non potrebbe annientare lo indubitato risultamento della discussione, come rinviensi sancito dal testo della legge.

4° Ci si obbietterà forse aver noi ammesso la rappresentazione tra' fratelli e sorelle naturali ed i loro discendenti (*supra*, n. 163)? È ben vero; ma somma è, a creder nostro, la differenza; sia perchè il testo dell'art. 766 non vi si oppone; sia perchè nulla impedisce, nei principii della rappresentazione, che venga applicata alle successioni irregolari, come dimostra l'art. 759—675 (confr. Ducaur-

roy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 540; Demante, t. III, n. 86 *bis*, IX).

465. — In mancanza di fratelli e sorelle naturali, i fratelli e sorelle legittimi potrebbero forse succedere *negli altri beni* lasciati dal figlio naturale, val dire in quelli che non gli provenissero dal comune autore?

A creder nostro, indubitata è la negativa ad onta delle titubanze di alcuni giureconsulti su tal punto.

Laonde Delvincourt e Duranton insegnano che i fratelli e sorelle legittimi debbono raccogliere i beni, se non ad esclusione del conjugo superstite loro preferibile, almeno ad esclusione dello Stato. *Fiscus post omnes* ! (t. VI, n. 339).

Ma primieramente cotesta rimescolazione dei fratelli e sorelle legittimi fra il conjuge superstite e lo Stato, addiviene affatto impossibile. Per sistema costantissimo del nostro Codice: non rinviensi giammai alcun successore, qualunque sia regolare o irregolare, fra il conjugo e lo Stato (confr. art. 767, 768—683, 684). Se dunque i fratelli o sorelle legittimi possono succedore in tal caso, debbono preferirsi al conjuge superstite; e, se non vengono preferiti al conjugo, la ragione si è non poter succedere affatto; dappoichè, in mancanza di coniuge, ad evidenza lo Stato debbe conseguire tali beni.

Or questa ultima proposizione è l'unica ben fondata, sia a norma del positivo testo della legge, sia a norma della volontà fermissima dei suoi autori:

1° La successione intestata, quella che trae origine *a lege*, può attribuirsi ad una persona qualsivoglia mercè di un testo di legge;

Or nessun testo attribuisce ai fratelli e sorelle legittimi la successione *negli altri beni*: di cui ragioniamo.

Dunque tale eredità non potrebbesi devolvere loro, nè ad altro qualsiasi parente, ascendente o collaterale, dei genitori del figlio naturale trapassato; dappoichè cotesto figliuolo naturale, non trovandosi nella famiglia dei suoi genitori, non annodasi, per alcun vincolo legale, ai parenti di costoro.

2° Ed ecco quanto dichiarò il console Cambacérès in tempo delle discussioni preparatorie: « La sola parentela civile, egli disse, può costituire eredi: a dir vero il fisco non merita favore; *ma. siccome assume il peso dei figliuoli naturali, conviene del pari che talvolta succeda loro; e quando la parte della eredità provegnente dal padre si restituisca ai figli legittimi la preferenza del fisco nulla offre di odioso.* » (Confr. Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 96; il nostro tomo V, n. 544; decis. C. di Grenoble 13 genn. 1840, Cheval, Dev. 1840, II, 216; di Colmar 18 genn. 1850, il *Demanio*, Dev. 1851, II, 161; Toullier e Duvergier, t. II, n. 269, nota 6; Taulier, t. III, p. 201; Poujol, art. 766, n. 6; Vazeille, n. 7; Marcadè, art. 766, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 221; Massé e Vergé, t. 2, p. 232; D., *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 364).

466. — I varii successori, di cui ragionammo nello esame degli art. 765 e 766 sono successori irregolari.

Abbiamo già osservato che tal proposizione era ben fondata rispetto ai fratelli o sorelle legittimi; i quali consegnissero talnni beni nella eredità dei loro fratelli o sorelle naturali (*supra*, n. 459).

Con maggior ragione è a dir così dei genitori, dei fratelli e sorelle naturali, e dei loro discendenti.

Dunque non vengono impossessali; dappoichè lo impossessamonto compete ai soli eredi legittimi (art. 724—645; *ved.* il t. I, n. 142).

Appresso disamineremo quali formalità debbono osservare per potersi impossessare della eredità (*infra* 232).

467. — Ma dall' essere i parenti naturali successori irregolari non è da inferire che l' obbligo della collazione non sussista rispettivamente tra essi.

A norma dell' art. 843—762 *ogni erede* che adisca la eredità debbe porre in collazione coi suoi *coeredi* tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto,.. ec,

Or, da un lato, abbiamo già dimostrato che i vocaboli *eredi*, *coeredi* spesso comprendevano, avuto riguardo al carattere della disposizione in esame, tutti i successori indistintamente (*ved.* il t. I, n. 122); d'altro lato il carattere dell' obbligo della collazione è tale che il legislatore ha voluto ad evidenza stabilirlo fra tutti i successori qualsivogliano; dappoichè poggia sopra un principio indipendente dalla distinzione dei successori in regolari ed irregolari, sopra un principio eminente di eguaglianza, preduminante tutte queste distinziuni; e la pruova se ne ravvisa nell' articolo 760—676, il qnale impone di fatti l'obbligo della collazione ai successori irregolari;

Dunque i parenti naturali, al pari dei parenti legittimi, quando adiscano la eredità,

van sottoposti reciprocamente all' obbligo della collazione (confr. Marcadé, articolo 766, n. 4).

468. — Se non che per altro tale obbligo sussiste fra coloro i quali sieno rispettivamente *coeredi*, val dire *consuccessibili*; e, per esempio, quando la eredità del figlio naturale trovisi devoluta a fratelli o sorelle legittimi, o a fratelli e sorelle naturali, secondo la diversa origine dei beni (art. 766 — 681), i fratelli o sorelle legittimi deggionsi la collazione soltanto tra essi, del pari che i fratelli naturali ne sono tenuti unicamente fra loro (*ved.* il t. I, n. 486),

§ III.

De'diritti del conjuge superstite.

SOMMARIO.

469.—In quali casi il conjuge superstite vien chiamato a succedere al proprio conjuge?

470.—Della speciale ipotesi contemplata con l'art. 337;—Rimando.

471.—La eredità potava appartenere al solo conjuge superstite non *divorziato*.—Per qual ragione?

472.—Il matrimonio putativo conferisce al conjuge di buona fede soperstite il diritto di succedere al conjuge premorto sol quando la nullità del matrimonio non siasi pronunziata prima dell'apertura della successione.

473.—La separazion personale non annienta il diritto di successibilità reciproco fra'conjugi.

474.—Il Conjuge suprestite è un successore irregolare.—Per qual ragione il legislatore l'ha chiamato io grado tanto remoto?

475.—Continuazione.—Osservazioni.

476.—Continuazione.—Il conjuge superstite, il quale fosse povero non avrebbe neppur diritto di chiedere alimenti avverso la eredità del premorto. —Sposizione storica.—Censura.

469. — L'art. 767—683 dispone:

« Quando il defunto non lascia parenti in » grado successibile, nè figli naturali, i beni » della sua eredità appartengono al consorte » non separato da esso per divorzio il quale » gli sopravvive. » (Agg. art. 723— 644.)

Cotesto articolo ad evidenza ha in mira l'ipotesi, di fatti la più ordinaria, in cui il defunto fosse un figlio legittimo; ed allora addiviene sommamente ben fondato (confr. art. 755, 958—763, 674).

Ma, per la ipotesi in cui il defunto fosse un figlio naturale, la disposizione dell' art. 767 addiviene per contrario insufficiente ed incompiuta, avvegnachè allora il conjuge superstite trovasi primeggiato non solo da tutti i parenti in grado di succedere e dai figli naturali del defunto, ma eziandio da tutti gli altri suoi parenti naturali, dal padre, dalla madre, dai fratelli e sorelle o discendenti da essi (art. 765, 766—680, 681).

È ben vero che alcuni membri del Consiglio di Stato, e particolarmente Bigot-Préameneu, divisarono che quando il figlio naturale non lasci discendenti, sua moglie dovrebbe succedere in primo ordine, ed in preferenza dei suoi fratelli o sorelle (Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 95).

Ma cotesto divisamento non venne adottato; e la pruova ne discende:

Sia dagli stessi termini degli art. 765 e 766, e dal luogo in cui giacciono gli articoli suddetti nella sezione precedente quella nella quale rinviensi l'art. 767.

Sia dagli art. 767 e 768 — 683 e 684, i quali dimostrano che il conjuge superstite succede immediatamente prima dello Stato, val dire nel penultimo luogo dei successori (*ved.* il t. I, n. 121).

470.—Non pertanto evvi un caso in cui il figlio naturale riconosciuto dal conjuge premorto non potrebbe escludere dalla eredità il conjuge superstite: è questo il caso contemplato con l'art. 337+260, che ci basta qui accennare, inviando i leggitori a' nostri chiarimenti intorno a cotesto subbietto presentati nel *Trattato della paternità e della filiazione* (t. V, n. 459 e seg.)

471.—Ebbene adunque, in mancanza di ogni parente, sia legittimo, sia naturale, i beni del defunto, dichiara l'art. 767, appartengono al conjuge non divorziato, che gli sopravviva.

Non divorziato; e di fatti, la eredità poteva devolversi soltanto a chi, nel momento dell'apertura della successione, aveva il titolo di consorte, titolo essenziale di cotesta chiamata;

Or, trovandosi il matrimonio sciolto pel divorzio, il superstite non era più conjuge;

. Dunque non aveva più alcun titolo per succedere.

» *Ut autem haec bonorum possessio locum habeat*, diceva Ulpiano, *uxorem esse opertet mortis tempore.* » (L. 1 princ. ff. *unde vir et uxor*).

Dunque non era questa una causa d' indegnità o di esclusione, sì bene lo stesso annientamento del titolo della chiamata; e conseguentemente non eravi alcuna distinzione da fare tra colui avverso il quale il divorzio

erasi ottenuto, e colui che avevalo, per contrario, fatto pronunziare. Nè l'uno nè l'altro, essendo in avvenire conjugi, poteva più succedere a questo titolo.

172.—Ecco pure la ragione per la quale abbiamo divisato che il matrimonio putativo conferisce al conjuge superstite il diritto di succedere al conjuge premorto sol quando la nullità del matrimonio non siasi pronunziata prima dell'apertura della successione (*ved.* il *Trattato del matrimonio e della separazione personale*, t. III, n. 370 e 378; agg. Chabot, art.767, n. 5;Zachariae, Aubry e Rau, t.IV, p. 218).

173.— L'art. 767 escludendo dalla eredità il *conjuge divorziato*, è mestieri inferirne che il conjuge separato di corpo possa succedere al conjuge premorto.

Ed in questo caso neppure è da fare alcuna distinzione fra chi abbia ottenuto la separazione personale e colui avverso il quale è stata, per contrario, pronunziata: il dritto di successibilità rimane sempre, fra conjugi, egualmente scambievole; eccettoquando il superstite trovisi in uno dei casi d'indegnità contemplati dalla legge; ma allora potrebbe venire escluso non come conjuge separato di corpo, nè in forza dell'artic. 767, ma come successore indegno, ed in forza dell'art.727+648 (*ved.* il tomo I. n. 164).

È ben vero che potrebbesi obbiettare che il dritto di successibilità reciproco dei conjugi, non poggiando sul vincolo del sangue, ha per causa una presunzione di affezione, e che questa presunzione trovasi annientata dalla separazione personale; e di fatti appunto così statuivasi generalmente sotto l'impero del nostro antico dritto (confr. Lebrun, lib. I, cap. VII, n. 21 e seg.; Pothier, Introd. al tit. XVII della conc. di Orleans, n. 35.)

Viemaggiormente! nella discussione in Consiglio di Stato tutti parvero di accordo nello ammettere doversi mantenere coteste tradizioni; ed il Consiglio, statuendo per massima che il conjuge superstite non verrebbe ammesso alla successione del conjuge premorto, quando vi fosse separazione personale, rinviò l'articolo del progetto alla sezione per compilarlo in conformità di questo principio (*ved.* Locré, t. X, p. 101).

Ma la diffinitiva compilazione, ad onta di tal rinvio, applicandosi sempre al conjuge divorziato, ne risulta ad evidenza essersi il Consiglio di Stato dipartito dal primitivo suo divisamento (confr. il nostro *Trattato del matrimonio e della separazion personale*, t. IV n. 549; Delvincourt, tom. II. p. 24, nota 6 Toullier, tom. II, n. 272; Chabot, art. 767 n. 4; Richefort, dello *Stato delle fam.*; t. III n. 459; Demante, t. III, n. 87; Ducaurroy Bonnier e Roustaing, t. II, n. 543; Zachariae Massé e Vergé, t. II, p. 284).

174. — Il conjuge superstite è un succes sore irregolare (artic. 723, 767 — 64 683).

Il vincolo, il quale l'univa al defunto, er non pertanto sacro e legittimo!

È ben vero; ma questo vincolo non er quello della consanguineità, della comunan za di origine, unico vincolo il quale, secon do lo essenziale ordinamento delle nostre ere dità intestate, può stabilire una successiona regolare.

Il legislatore, nel devolvimento ereditari dei beni, mira innanzi tutto alla conservazio ne delle famiglie, sotto il punto di veduta del lo interesse politico dello Stato(*ved.* il tom. I num. 347); e se interroga altresì le affezion presunte del defunto, il fa nella sfera dell sua famiglia, e fra coloro cui era di fatti pi ordinariamente legato, per la circostanza me desima di esser nati dal sangue stesso che lui.

Or il conjuge, il quale costituisce la sor gente della parentela, non è esso medesimo parente: la devoluzione ereditaria, attribui tagli produrrebbe il risultamento di far passa re i beni in una famiglia estranea a quella de del defunto: cotesto risultamento si avvere rebbe anche più specialmente nella ipotesi la quale nulladimeno sembrerebbe, a primo a spetto, più favorevole al conjuge, val dire in quella in cui non vi fossero figli nati dal ma trimonio. Ed ecco pure la ragione per la qua le, nella nostra antica giurisprudenza, *tal for ma di successione*, secondo la espressione ado perata da Lebrun, non costituiva beni propr (lib. I, cap. VII, n. 1).

Tali sono le considerazioni onde spiegasi il grado tanto remoto attribuito al conjuge su perstite nel gerarchico classificamento de successori *ab intestato*.

Laonde l'editto pretorio *unde vir et uxo* chiamava il conjuge in ultimo luogo:

« *Quoties deficit omnis parentum, libero rumve seu propinquorum legitima vel natu ralis successio, fisco escluso.* » (L. 1, Codice *unde vir et uxor*).

E tale era la disposizione delle nostre anti che consuetudini:

« *Qualora non vi fosse legnaggio capace di succedere*, dichiarava la consuetudine di Poitou (art. 299), *la moglie succederebbe al marito, ed il marito alla moglie, anzichè riguardarsi giacenti i beni.* »

175. — Noi confessiamo di massima importanza le testè esposte considerazioni.

Non pertanto la situazione attribuita dal nostro Codice al conjuge superstite, rispetto alla eredità del conjuge premorto, non ci sembra meno spiacevole (*ved.* il tomo 1, num. 381).

Essa va incontro a due obbiezioni gravissime, a creder nostro, le quali sono le seguenti:

Primieramente è mai consentaneo alla buona morale, alla giustizia lo aver posto il conjuge superstite in fine di tutti i parenti semplicemente naturali? Puossi comprendere che la parentela legittima, la quale forma la famiglia e la conserva, che questa intera parentela, sino al dodicesimo grado, preceda il conjuge; dappoichè essa constituisce la famiglia, la cui conservazione interessa la politica prosperità dello Stato.

E nulladimeno lice divisare essersi potuto in taluni casi, attribuire al conjuge superstite una porzione ereditaria in usufrutto; cotesta specie di dritto affatto vitalizio escludendo la obbiezione desunta dal pericolo che sarebbesi incontrato nello attribuire al conjuge, in piena proprietà, beni che esso medesimo avrebbe dappoi trasmessi ad estranea famiglia.

Ma che mai avviene! tutti i parenti naturali del conjuge premorto, non solo i suoi figli naturali, non solo i genitori naturali, ma eziandio i fratelli e le sorelle naturali, vogliono conseguire la intera sua eredità ad esclusione del conjuge superstite!

Ravvisammo precedentemente (num. 169) che in una delle discussioni del Consiglio di Stato, su l'artic. 766, parve supporsi che la chiamata dei fratelli e sorelle naturali o legittimi avrebbe luogo ad esclusione dello Stato: dalle quali cose sarebbe emerso che il conjuge superstite sarebbe stato loro preferibile. Non pertanto fu contraria la soluzione legislativa; ma, in quanto a noi, ci sembra che l'assoluta esclusione del conjuge superstite mercè di tali successori sia effettivamente offensiva per le più legittime suscettibilità del suo cuore, del pari che per lo stesso decoro del matrimonio!

176. — La nostra seconda obbiezione ha per iscopo di additare un vôto, a parer nostro, anche più deplorabile!

Di fatti non solo il nostro Codice non concede al conjuge superstite alcuna chiamata ereditaria in concorso con alcuno dei successori legittimi o naturali, ma non gli attribuisce neppure, in verun caso, il semplice diritto di chiedere alimenti avverso la eredità del conjuge premorto.

E, se non abbia mezzi personali, converrà dunque che egli cada ad un tratto in uno stato di ristrettezza e di miseria, al cospetto degli eredi impinguati forse, mercè i beni di fortuna del suo conjuge!

Tal situazione ha, in ogni tempo, messo la giusta sollecitudine dei legislatori.

Quindi, per dritto romano, la vedova, la quale non avesse ricevuto dote, e fosse bisognosa, doveva conseguire il quarto dei beni del marito, se vi fossero tre eredi, ed una quota proporzionata, se ve ne fosse maggior numero con obbligo di riservare tal quota ai figli comuni, quando ve ne fossero, e senza alcuna riserva, quando non ve ne fossero (Autentica *praeterea*, Cod.. *unde vir et uxor*; Nov. 22 e 53, cap. VI, § 2; 74, § *ult.*; e 117, cap V.)

Queste disposizioni venivano in generale osservate un tempo in Francia nelle province di dritto scritto (confr. Merlin, *Reper.*, v. *Quarto del conjuge povero*; Lebrun, lib. I, cap. VII, n. 3; Despeisses, t. 1, p. 305.)

E relativamente alle province consuetudinarie, esse avevano provveduto alla sorte del conjuge superstite con altri mezzi, come taluni lucri nuziali, e soprattutto con l'assegnamento, il quale consisteva appunto, dice Pothier, *in ciò che viene conceduto alla moglie superstite del marito pei suoi alimenti, per la propria sussistenza, nel caso in cui gli sopravviva (Dello assegnamento*, n. 4; Introd. al tit. XII della cons. di Orleans, n. 4; Proudhon, *dell' Usufrutto*, t. 1, n. 250 e seg.)

Ben si ravvisa che gli antichi legislatori eransi soprattutto preoccupati della moglie superstite, forse per la ragione addottane da Lebrun, *aver la natura conceduto all' uomo maggior vigore per provvedere ai bisogni di sua vita (loc. supra cit.)*: la qual ragione al certo non sempre tornava decisiva, segnatamente quando il marito superstite fosse di età inoltrata o infermo: quindi, mentre nell'ultimo stato del dritto giustinianeo il marito non poteva dimandare il quarto sui beni della moglie ricca premorta (Nov. 117, cap. V), il

dritto medesimo, per contrario, eraglisi conceduto in Francia dalla giurisprudenza dei paesi di dritto scritto (confr. Merlin, Despeisses, Lebrun, *loc. supra cit.*)

Tal era, su questo punto, il dritto anteriore al Codice.

Siffatte tradizioni vennero accennate in Consiglio di Stato; e Maleville fece osservare che « erasi tralasciata, in questo capitolo, una disposizione ammessa dalla giurisprudenza, la quale attribuiva una pensione al conjuge superstite, quando fosse povero o non conseguisse la eredità. »

E Treilhard rispose, « che con l'artic. 55 (del progetto) gli si concedeva l'usufrutto del terzo dei beni. » (Fenet, t. XII, p. 38.)

Ma, per contrario, non eravi alcuna disposizione simigliante; e l'art. 754, cui alludeva indubitatamente Treilhard, concedeva un diritto di usufrutto, non al conjuge superstite ma al padre o alla madre del *de cujus*.

Nulladimeno il Consiglio contentossi di questa risposta; ed ecco come, per effetto di un errore, il conjuge superstite si è trovato, in disprezzo della volontà dello stesso legislatore, spogliato del dritto di dimandare alimenti avverso la eredità del conjuge premorto!

Sappiamo che parecchi di leggieri sonosi decisi: in vero di recente si è scritto che cotesto sistema potevasi giustificare con validissime ragioni:

« È mestieri attingerle primieramente, dicesi, nello spirito del Codice Napoleone, il quale riguarda la regola della comunione come il più degno incoraggiamento: or tal regola attribuisce alla moglie una ricompensa degna di lei, quando i conjogi abbiano fruttuosamente lavorato. Per qual ragione i conjugi non l'hanno preferita? Per qual ragione han preferito la regola dotale dal Codice Napoleone ammessa come eccezione? Altronde i conjugi potevano assicurare, con espresse disposizioni, la sorte del premorente: per qual ragione non hanno ciò praticato? » (Troplong, *delle Donaz. e de' testamenti*, tomo II, numero 765.)

Ma primieramente la comunione, anche quando si fosse adottata da'conjugi, può essere stata cattiva; ed allora dimandiamo dove sarà mai la ricompensa che prometteva al conjunge superstite? Quindi negli stessi paesi di comunione trovavasi stabilito l'assegnamento (*ved.* art. 218 della cons. di Orleans).

Ed in secondo luogo il conjuge predefunto forse non può essere stato sorpreso, innanzi tempo, dalla morte, senza aver fatto le disposizioni necessario a pro del suo conjuge?

Altronde le disposizioni fatte, sia per contratto di matrimonio, sia dopo il matrimonio, non potrebbero eziandio dichiararsi nulle per vizio di forma o diversamente?

Ed allora, se il conjuge superstite non abbia di fatti mezzi personali, non sarà forse il più doloroso spettacolo il vedere questa specie di decadimento e d'infortunio, il quale lo farà ad un tratto discendere da una condizione agiata, e forse opulenta, ad uno stato infelice e miserabile? Non è forse questo un oltraggio alla memoria del conjuge premorto, il quale sembra sopravvivere in quest'altra metà di sè stesso *Vidua adhuc corruscat radiis mariti*, diceva Merlino (*de Legitima*, 2-1, 2 e 3); e non è questa pure una trasgressione delle più rispettabili regole della equità e delle pubbliche convenienze?

Il conjuge superstite, si è risposto, dimanderà alimenti in giudizio contra gli eredi del premorto? Ma crediamo aver dimostrato altrove non competergli il diritto medesimo (*ved.* il nostro t. IV, n. 40-42).

È questa la ragione per cui in questi ultimi anni era stata sottoposto all'Assemblea legislativa un progetto di legge, il cui scopo si era lo attribuire al conjuge superstite il diritto di dimandare alimenti avverso la eredità del premorto. Ma quel progetto non fu invertito in legge; e noi siamo un di coloro che deplorano tale avvenimento; tanto più che le legislazione europee, fra quelle medesime le quali hanno desunto le principali disposizioni dal Codice Napol., han fermato, nello interesse del conjuge superstite, stabilimenti in generale spiranti un sentimento profondo di umanità e di convenienza (*ved.* lo importante lavoro di Vittore Lefranc, relatore della commissione dell'Assemblea legislativa, nella *Rivista* di Wolowski, 1851, t. II, p. 332 e seg.; agg. D, *Rac alfab*, v. *Success.*, n° 389).

§ IV.

De' diritti dello Stato.

SOMMARIO.

177.—A qual titolo lo Stato consegue i beni di una persona la quale non abbia lasciato alcun successore, nè regolare, nè irregolare?

178.—È uopo forse distinguere se il *de cujus* fosse Francese o straniero?

179.—In quali casi la eredità reputasi senza padrone?—Rimando.

180.—Comunque lo Stato raccolga i beni abbandonati e senza padre, nulladimeno è questa sempre, sotto altro rapporto, una eredità da esso conseguita.—Conseguenze.
181.—Continuazione.
182.—Continuazione.

177.—« In mancaza di conjuge suprestite, « l'eredità si acquista dal Fisco. » Tanto dispone l'art. 768+684.

Finora abbiamo veduto i beni del defunto attribuiti a persone a lui legate con vincoli più o meno rilevanti: sia mercè la parentela legittima, sia mercè la parentela naturale, sia finalmente mercè il vincolo del matrimonio.

Nulla di simigliante rinviensi nel caso in esame.

Il *de cujus* è morto intestato, senza alcun successore qualsivoglia, nè regolare, nè irregolare; e nessuna persona gli è sopravvissuta, nella quale la legge possa presumere la intenzione di trasmettere i proprî beni dopo sua morte.

Dunque che mai è a dire nel caso in esame?

Trovarsi i beni in avvenire abbandonati e senza padrone;

Or, a norma dell'art. 713, i beni che non hanno padrone appartengono allo Stato;

Dunque lo Stato debbe acquistare tali beni come abbondonati e senza padrone.

Di fatti l' art. 768 è un' applicazione del principio stabilito nell' art. 713; e la pruova manifestamente ne discende dal art. 539—464, il quale positivamente dichiara che:

« Tutti i beni vacanti e senza padrone, « *quelli delle persone che muojono senza e-* « *redi* appartengono allo Stato » (*Ved.* il nostro trattato *della distinzione dei beni e della proprietà*, t. I, n. 458 *bis*).

« *Bona vacantia mortuorum tunc ad fiscum jubemus transferri*, *si nullum ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus haeredem*, dichiarava pure la legge 4 nel Codice *de Bonis vacantibus*.

Dunque tal è qui la vera cagion di acquisto a pro dello Stato: effettivamente non è un erede nè un successore, nel significato tecnico di questo vocabolo; dappoichè esso acquista a titolo di *mancanza di eredi*, val dire precisamente in forza di un titolo che suppone di necessità non esservi alcuno erede; e ciò appunto faceva dire a Bacquet che:

« Quando un uomo muoja senza eredi, i beni rimasti dopo sua morte, *non vocantur bona haereditaria, sed vacantia nominantur.* » (Trattato *del Diritto di succedere in mancanza di eredi*, cap. III, n. 8; confr. Merlin, *Rep.* v. *Diritto di succedere in mancanza di eredi;* ed il nostro t. I, n. 156 e 160).

In somma lo stato esercita in ciò, l' eminente diritto di sovranità, in forza di cui viene investito di tutti i beni senza padrone esistenti sul suo territorio.

178. — Dalle quali cose consegnita non doversi distinguere se il trapassato senza parenti, e senza conjuge superstite, fosse Francese o straniero: la eredità divenuta vacante appartiene, in tutti i casi, allo Stato, anche quando il *de cujus* fosse straniero.

Cotesta dottrina pare non essere stata mai oppugnata, relativamente agl' immobili siti sul territorio francese (art. 3—5 e 6),

Ma, per contrario, rispetto ai beni mobili (o ai debiti attivi), che il *de cujus* straniero possedeva in Francia, si è seriamente mossa la quistione se debbansi acquistare dal sovrano dello Stato cui lo straniero morto apparteneva ed in cui era domiciliato.

Tal quistione agitavasi già un tempo trai signori alti giustizieri, i quali esercitavano ciascuno il diritto di succedere in mancanza di eredi nel perimetro della sua alta giustizia; e dimandavasi:

« Se i mobili e debiti attivi appartenessero a ciascuno alto giustiziere, nel perimetro della giustizia del quale si trovassero i mobili ed i debiti fossero dovuti; ovvero se tutti i mobili e debiti appartenessero all' alto giustiziere nel perimetro dell' alta giustizia del quale il defunto dimorava. »

E Bacquet, il quale fermava così questa tesi, soggiugneva *che essa non va priva di dubbio* (trattato *del Diritto di succedere lo Stato in mancanza di eredi*, cap. III, n. 2-4).

Di fatti alcuni avevan creduto doversi applicare, in tal caso la massima: *Mobilia sequuntur personam sive domicilium illius cujus sunt*; ed eziandio più consuetudini avevano positivamente disposto così (*ved.* l' articolo 995 della cons. di Bretagna).

Ma nulladimeno la generale opinione si era che il diritto di succedere in mancanza di eredi, appartenente ai signori, applicavasi *tanto agl' immobili siti nel territorio della loro giustizia, quanto ai mobili che vi si trovano, e che non è necessario che coloro i qua-*

li muojono senza eredi, *siano nati nel territorio dell' alta giustizia* (in cui trovansi i loro beni mobili ed immobili), *nè che vi muojano, nè che vi sieno domiciliati*. Son queste espressioni di Pothier (Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 134; Merlin, *Rep*, v. *Diritto di succedere in mancanza di eredi*, n. 1).

Cotesta dottrina è pure ben fondata oggidì:

1° Primamente i testi son positivi:

A norma dell' articolo 768—684: « La eredità si acquista dal Fisco; » *la eredità*, dunque la intera eredità, e tutti gli elementi onde essa si compone.

I beni passano allo Stato, dichiara pare l' art. 723—644; *i beni*, dunque tutti i beni indistintamente passano allo Stato, come passano, a norma dello stesso articolo, ai figli naturali ed al conjuge superstite (agg. articoli 539, 713—464).

2° I principii richieggono parimente così: precisamente in forza del suo diritto di sovranità lo Stato acquista i beni senza padrone che trovansi sul suo territorio: or di fatti questo diritto applicasi a tutti i beni, senza distinzione dei mobili o immobili; ed in vero sarebbe disdicevole che uno Stato straniero venisse, sul nostro territorio, a fare atto di sovranità, appropriandosi questi mobili in avvenire senza padrone!

Indarno obbiettasi la massima *Mobilia sequuntur personam*; dappoichè precisamente qui non evvi più *persona*; ogni specie di vincolo rimane rimosso tra la cosa e la persona, non avendo il proprietario trapassato lasciato veruno rappresentante.

Nè con miglior successo verrebbero invocate la legge abolitiva del diritto di albinaggio e la legge del 14 luglio 1819, la quale ha permesso agli stranieri di succedere in Francia; avvegnachè l' abolizione del diritto di albinaggio venne stabilita a pro dei successori del *de cujus*; e però nulla è da inferirne qualora il *de cujus* non lasci alcun successore. Questa medesima risposta elimina altresì perentoriamente l' argomento che si volesse desumere dalla legge del 14 luglio 1819 (confr. decis. C. di Parigi 15 nov. 1833, Barnet, D. 1834, II, 2; sentenza del tribunale civ. di Bordò del 9 marzo 1852, Carrara, D., 1854, II, 1854, Lebret, *della Sovranità*, lib. III cap. XII: Conflaas, *Giurispr. delle success.* p. 2; D., *Rac. alfab. v. Success.*, n. 394; *ved.* pure il nostro t. I, n. 96).

179. — In quali casi la eredità reputasi senza padrone?

E quali caratteri distinguono la eredità senza padrone dalla eredità giacente?

È questo un punto che dovremo esaminare appresso (su l' art. 811—730.

180. — Comunque lo Stato raccolga i beni della eredità abbandonata come i beni vacanti e senza padrone nulladimeno raccoglie sempre la *eredità* del *de cujus*, val dire la universalità dei beni lasciati dal *de cujus*: *haereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit* (L. 62, ff. *de Regul. juris*).

Conseguentemente la sua posizione, rispetto a questa eredità, debbe essere, sotto molti rapporti, attivamente e passivamente la stessa che quella di un successore irregolare.

181. — Quindi, da un lato, lo Stato può esercitare tutti i diritti risultanti da questa specie di successione irregolare (confr. decis. C. di Colmar 18 genn. 1850, Rauner, Dev. 1851, II, 533).

E gli compete dare ai suoi agenti ed impiegati le istruzioni che stima, all' obbietto, conveniente (*ved.* la istruzione del ministro delle finanze del 5 marzo 1806; la circolare del gran giudice del dì 8 luglio dello stesso anno, nella *Rac.* di Sirey, 1806, II, 480; la instruzione ministeriale del 13 ag. 1832, Dev., 1833, II, 261; ed il *Giornale della registratura*, 1848, n. 14472).

182. — E similmente, d' altro lato, lo Stato va sottoposto allo esercizio di tutte le azioni passive che persone terze potessero avere contro il defunto, salvo nondimeno le importanti modificazioni che possono risultare dalle regole stabilite per l' amministrazione e la liquidazione dei beni e dei debiti dello Stato; ma non è questo il nostro subbietto (*ved.* il t. I, n. 160; e confr. arresto C. cass. 3 apr. 1815, Honpchich, Dev. e Carr. Collez. nuova, 5, I, 34; parere del Consiglio di Stato 13 nov. 1822, Pillet, Collez. nuova, 7, II, 127; 12 apr. 1843, Jallantin; Merlin, *Rep.* v. *Diritto di succedere dello Stato in mancanza di eredi*, n. 9. Favard, *Rep.* v. *Opposizione di terzo*, § 2, n. 9; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 283).

§ V.

Della successione irregolare stabilita a pro degli ospizii in taluni casi.

SOMMARIO.

183.—La successione irregolare stabilita a pro degli ospizii ha luogo in due casi.

184.—A. Il primo caso di successione irregolare a pro degli ospizii viene regolato dalla legge del 15 piovoso anno XIII: è desso relativo alla successione de' figli minori non emancipati morti negli ospizii.

185.—Gli ospizii vengono chiamati, in questo caso, sol quando nessuno erede si presenti.— Qual è mai qui il senso del vocabolo *erede*?

186.—Continuazione.

187.—La legge del 15 piovoso anno XIII attribuisce all'ospizio la intera eredità del figlio minore che vi sia trapassato.

188.—L'ospizio, essendo un successore irregolare, debbe farsi immettere in possesso de'beni.—La immissione in possesso debbe forse venir preceduta da pubblicazioni ed affissi?

189.—Quali sono, avverso l'ospizio, i diritti di coloro i quali dimandassero dappoi la eredità del figlio?

190.—B. Il secondo caso di successione irregolare a pro degli ospizii è stabilito col parere del Consiglio di Stato dei 3-8 novembre 1809; è relativo agli effetti mobili recati dagl' infermi curativi gratuitamente e che vi sono trapassati.

191.—Diversi statuti o regolamenti attribuivano un tempo a taluni spedali la eredità, in tutto o in parte, degl' individui trapassativi.—Tali statuti son forse tuttora vigenti.

192.—Dopo la promulgazione del Codice il parere del Consiglio di Stato dei dì 8 novembre 1809 stabilì, a pro degli ospizii, un diritto di successione su taluni effetti mobili soltanto.—In conformità di questo parere, debbonsi distinguere due casi:

193.—Nel primo caso trattasi degl' infermi trapassati negli ospizii in cui sieno stati curati gratuitamente.

194.—Continuazione.—Qual è mai il senso della espressione *effetti mobili* adoperata nel parere del Consiglio di Stato?

195.—Continuazione.

196.—Nel secondo caso trattasi degl'individui infermi o validi, trapassati nell' ospizio, la cui curagione e mantenimento sieonsi soddisfatti.

197.—Nulla trovasi innovato, dal parere del Consiglio di Stato del dì 8 novembre 1809, rispetto a' militari o marini trapassati negli ospizii.

183.—Oltre le successioni irregolari stabilite dal Codice, e che abbiamo esposte, avvene un' altra, che speciali disposizioni legislative hanno stabilita a pro degli ospizii.

Questa successione irregolare ha luogo in due casi:

A.—Il primo è regolato dalla legge del 15 piovoso anno XIII (13 feb. 1805): è relativo alla successione de' figli minori non emancipati morti negli ospizii.

B.—Il secondo caso, regolato dal parere del Consiglio di Stato del 3 novembre 1809, è relativo alla successione degl'individui di età maggiore morti negli ospizii in cui sono stati gratuitamente curati.

Dobbiamo successivamente esporre queste due ipotesi.

184.—A. La legge del 15 piovoso anno XIII, la quale ha principalmente per obbietto la tutela de' figli ammessi negli ospizii (*ved.* il nostro t. VIII, n. 390 e seg.), tratta pure della successione di quelli fra tali figli i quali muojono nell' ospizio, prima della loro uscita emancipazione o maggiore età.

E gli art. 8 e 9 dispongono all'obbietto nel seguente modo:

Articolo 8: « Se il figlio muoja prima della « sua uscita dall'ospizio, della sua emancipa« zione o della sua maggiore età, nessuno e« rede si presenti, i beni suoi apparterranno, « in proprietà, all' ospizio, il quale potrà « venire immesso in possesso, a diligenza del « ricevitore, e dietro le conclusioni del pub« blico ministero.

« Se poscia *si* presentino eredi, potranno « ripetere i frutti dal giorno della dimanda. »

Art. 9: «Gli eredi i quali si presenteranno « per raccogliere la eredità di un figlio morto « prima della sua uscita dall' ospizio, della « sua emancipazione della sua maggiore età, « saranno tenuti d' indennizzare l'ospizio de« gli alimenti sommistrati e delle spese fatte « pel figliuolo trapassato, durante il tempo « che sarà rimasto a carico dell' amministra« zione, salvo il compensare, sino alla debi« ta concorrenza, le rendite percepite dall'o« spizio. »

185.—Quindi, a norma dell'art. 8, la proprietà de'beni del figlio morto appartiene allo ospizio, quando *non si presenti alcuno erede*.

È indubitato che i parenti legittimi del figlio, *eredi* sino al dodicesimo grado, ostino alla chiamata dell'ospizio.

Ma è forse mistieri dire altrettanto de'suoi parenti naturali, de'suoi successori irregolari, del suo figlio naturale, per esempio (poteneo lasciarne il minore), o de'suoi genitori, o dei suoi fratelli e sorelle, ne' termini degli art. 765 e 766—680 e 684?

Il dubbio potrebbe derivare dal vocabolo *erede*, adoperato negli art. 8 e 9 della legge in esame; dappoichè i figli naturali e gli altri

successori, da noi additati, non hanno il titolo di *eredi* (art. 723, 756—644, 674).

Ma più volte abbiamo osservato che il legislatore spesso adopera tale espessione in senso generale, per dinotare tutti i *successibili*, *loco haeredum* (*Ved*, il t. I, n. 122; e *supra*, n. 27).

Or ci pare indubitato esser qui precisamente questo il significato del vocabolo *erede*.

Di fatti la chiamata degli ospizii è poggiata su la stessa causa delle chiamata dello Stato; e regolamente, eccetto quando siavi un positivo testo in senso opposto, come appresso ne addurremo l'esempio (*infra*, n. 193, gli ospizii vengono chiamati a raccogliere i beni in caso di mancanza di eredi.

Tal è indubitatamente il pensiero dominante nel testo in disamina, quando chiama gli ospizii a condizione che NESSUNO *erede si presenti*.

Dunque unicamente in caso di *mancanza di eredi* gli ospizii vengono chiamati con la art. 8; e da ultimo vengono chiamati solo ad esclusione dello Stato.

Non parliamo del conjuge superstite; dappoichè il minore non emancipato, di cui trattasi, non può lasciarne (art. 476—399).

186.—Dal fin qui detto risulta pure che il successore testamentario, lasciato dal figlio, sarebbe preferibile all' ospizio; ovvero, in altri termini, che l'ospizio, come ogni successore intestato, dovrebbe eseguire i legati che il minore avesse potuto fare, sotto le condizioi ed entro i limiti determinati con la articolo 904 C. Nap.—820 (arg. dal parere del Consiglio di Stato del dì 8 nov. 1809, *infra*, n. 192; confr. Demante, t. III, n. 94 *bis*, I, D., *Rac. al fab.*, v, *Sccessione*, n. 127.)

187.—Altronde osserviamo che l'articolo in esame, dichiarando, ne' termini più assoluti, che *i beni* apparterranno in proprietà all'ospizio, comprende così tutti i beni, val dire la intera eredità (confr. eziandio art. 6, 7, 8, 9.)

188. — L'ospizio, essendo un successore irregolare, dee, secondo la regola generale, farsi immettere in possesso dei beni (articolo 725 + 645).

L'artic. 8 della legge del 13 piovoso anno XIII gl' impone pure particolarmente tale obbligazione, dichiarando «che potrà essere immesso in possesso, a diligenza del ricevitore, e su le conclusioni del pubblico ministero. »

Questa rammenta la disposizione dell' articolo 770 C. Nap. + 686.

Non pertanto l' art. 770 richiede, oltre le conclusioni del pubblico ministero, che la immissione in possesso sia stata preceduta da pubblicazioni ed affissioni.

L'art. 8 della legge di piovoso richiedendo le conclusioni del pubblico ministero, puossene inferire, *a contrario*, aver esonerato, in questo caso, gli ospizî delle preventive affissioni e pubblicazioni; o almeno tali pubblicazioni ed affissioni dovere aver luogo sol quando il tribunale stimasse dovere comandarle (confr. Demante, t. III, n. 94 *bis*, I).

189. — La legge del 13 piovoso anno XIII determina inoltre quali saranno, rispetto al l' ospizio, i dritti degli *eredi*, val dire di ogni successore, regolare o irregolare, legittimo o testamentario, il quale dimandasse poscia la eredità del figlio.

Ne emergono due conseguenze; cioè:

1° Gli eredi nulla possono pretendere:

Nè su' frutti o rendite percepite durante la vita del figlio, e dell' artic. 7 attribuite agli ospizî a titolo di indennizzamento delle spese di nutrimento e mantenimento di essi;

Nè su quelli percepiti dopo l'apertura della successione sino alla loro dimanda; ed il testo assoluto ed affatto speciale dell' art. 8, 2° comma, pare attribuire i frutti medesimi agli ospizî in tutti i casi e senza distinguere se i rappresentanti dell' ospizio avessero o pur no cognizione della esistenza degli eredi fino a quando *nessuno erede si presenti* l'ospizio, di cui sono gl' impiegati, va dunque considerato come di buona fede (art. 138-549+144-474).

2° Gli eredi son tenuti d' indennizzare l' ospizio degli alimenti somministrati e delle spese fatte pel figlio defunto, salvo nondimeno il compensare, sino alla debita concorrenza, la rendite percepite dall' ospizio.

E ciò può spiegare come, sino a quando la dimanda facciasi dagli eredi, l' ospizio vada risguardato qual possessore di buona fede;

Di fatti, da un lato, l'obbligo imposto agli eredi d' indennizzare l' ospizio potrà spesso impedir loro di presentarsi, potendo tali specie di eredità, quasi sempre sommamente modiche, trovarsi così assorbite dai crediti dell' ospizio;

E, d'altro lato, fino a quando la liquidazione, la quale debbe aver luogo fra l' ospizio e gli eredi, non siasi dimandata da costoro, l'ospizio ha potuto legittimamente credere non venir dimandata.

190. - B. Il secondo caso di successione irregolare stabilita a pro degli ospizii, col pa-

rere del consiglio di Stato dei 3-8 novembre 1809, è relativo agli effetti mobili recati dagl' infermi che vi sono stati gratuitamente curati e che vi sono trapassati.

191. — All'obbiettο convieno rammentare primieramente che, vigente il nostro antico dritto, eranvi diversi statuti o regolamenti, i quali attribuivano a taluni ospedali, sia la eredità totale, sia soltanto la eredità mobiliare, in detrimento talvolta degli eredi diretti, e, per lo più, dei soli eredi collaterali degl'individui che vi erano trapassati.

Quindi, per esempio, gli statuti dell'ospedale della Carità di Lione, convalidati da lettere patenti del 5 gennaio 1729, concedevano a quello stabilimento « un dritto di eredità sui beni mobili ed effetti mobili posseduti dai poveri nel tempo della loro ricezione nel predetto ospedale, senza poterne disporre tra vivi o a causa di morte...(art. 17); » e similmente, a norma delle lettere patenti del 13 settembre 1744, i mobili i qunti, nella casa degl' incurabili di Parigi, trovavansi appartenere agl' infermi, venivano attribuiti, in caso di morte, all' ospedale, qualunque disposizione ne avessero fatta (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Ospedale*).

Gli ospedali o ospizii, ed altri stabilimenti simiglianti han preteso esercitare ancora tali dritti dopo la promulgazione del titolo del Codice Napoleone su le successioni (confr. dec. C. di Parigi 22 aprile 1834, Fanton, Devil., 1834, II, 278).

Ma tal pretensione, la quale aveva pure ottenuto un momentaneo successo, non poteva diffinitivamente conseguirlo.

Di fatti, a norma dell'art. 7 della legge del 30 ventoso anno XII, a computare dal giorno in cui le leggi componenti il Codice civile sono esecutorie, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti, cessano di aver forza di legge nelle materie formanti l' oggetto delle leggi componenti il presente Codice (*ved.* il nostro t. I, n. 125);

Or, da un lato, gli antichi *statuti* o *regolamenti* disponevano intorno alla successione delle persone trapassate negli ospedali od ospizii, e d' altro lato il Codice Napoleone contiene, su le successioni, una legge compiuta, la quale applicasi indistintamente a tutti i beni ed a tutte le persone, in qualsivoglia luogo sieno trapassate (art. 723, 724, 731, ec. — 644, 645, 654);

Dunque gli antichi statuti e regolamenti, di cui trattasi vennero abrogati dal Codice (confr. arresto C. cass. 20 luglio 1831, *Ospedale di Lione*, Dev., 1831, I, 317; arresto C. cass. 20 giugno 1836, Fanton, Dev., 1836, I, 557; decis. C. di Orleans 3 febbr. 1837; stesse parti, Dev., 1837, II, 129; arresto C. cass. 17 aprile 1838, stesse parti, Dev., 1838, I, 95; Demante, t. III, n. 91 *bis*, III).

192.—Dunque la eredità, val dire la massa dei beni, mobili ed immobili, non potrebbe appartenere in verun caso agli ospizii.

Ma, dopo la promulgazione del Codice, un parere del Consiglio di Stato dei 3-8 novembre 1809, approvato dall' Imperatore ed inserito nel *Bullettino delle leggi* (IV, B. 248, n. 4778), stabilì a pro degli ospizii un diritto di successione su taluni oggetti mobili soltanto.

Il Consiglio di Stato, dopo avere esaminato parecchi antichi statuti, la legge del 22 novembre 1790 e l'art. 768 C. Nap. — 684, ragiona così:

« Considerando che i dritti dello Stato su le eredità abbandonate vennero ammessi in ogni tempo, e che le leggi del 22 novembre, 1 dicembre 1790 ed il Codice civile hanno semplicemente confermato tale incontrastabile principio;

« Che nondimeno gli editti e le lettere patenti su riferiti hanno stabilito, a pro degli ospizii, una eccezione per gli effetti recati dagl' infermi morti in quei stabilimenti;

« Che questo vantaggio è stato sempre riguardato come un lieve compensamento delle spese occorse per gl' infermi;

« È di parere:

« 1° Che gli effetti mobili recati dagl'infermi trapassati negli ospizii, e curativi gratuitamente, debbano appartenere agli ospizii, medesimi, ad esclusione degli eredi, e del demanio, in caso di mancanza di eredi;

« 2° Che, rispetto agl' infermi e persone valide, la curagione ed il mantenimento dei quali vennero soddisfatti in qualsiasi modo, gli eredi e legatarii possono esercitare i proprii dritti su tutti gli effetti recati negli ospizii dalle suddette persone inferme o valide; e che in caso di mancanza di eredi, gli stessi effetti debbono appartenere agli ospzii in detrimento del demanio;

« 3° Che nulla debbesi innovare rispetto ai militari morti negli ospizii. »

Da cotesto parere del Consiglio di Stato emerge, come ben si ravvisa, la seguente distinzione:

O gl' infermi trapassati negli ospizii vi sono stati gratuitamente curati;

O per contrario le spese di curagione e mantenimento degl' infermi o delle persone valide ammessi nell' ospizio sono state soddisfatte.

193. — Nel primo caso gli effetti mobili recati dallo infermo defunto, gratuitamente curato, debbono appartenere all'ospizio:

Non solo ad esclusione del demanio, in caso di mancanza di eredi;

Ma eziandio ad esclusione degli eredi, quando ve ne sieno; e sembra indubitato che sotto questa denominazione, sia mestieri comprendere tutti i successori regolari ed irregolari, ed eziandio i successori per testamento, i *legatarii* (confr. i n. 1 e 2 del su riferito parere; *supra*, n. 185; e D. *Rac. alfab.*, v. *Success.* n. 127).

Diciamo che gli ospizii raccolgono queste specie di oggetti mobili, anche ad esclusione degli eredi, quando ve ne sieno.

Nulladimeno tal proposizione è stata oppugnata.

Da un lato, ammettendo che il parere del Consiglio di Stato statuisca effettivamente così, si è obbiettato che il Consiglio avesse in ciò ecceduto i suoi poteri, e che se lo stato aveva potuto rinunziare, a pro degli ospizii, ài proprii diritti, non aveva potuto ledere i diritti dalla legge conferiti agli eredi (confr. Marcadé, art. 768).

D' altro lato, si è preteso che il consiglio di Stato nulla di simigliante avesse statuito: che, essendo stato consultato intorno al caso in cui la eredità fosse rimasta abbandonata, aveva di fatti statuito su questo unico caso: che se nel suo parere trattavasi dei diritti degli eredi, *era questo un vizio di compilazione;* e che in ultima analisi lo avere qui il parere del Consiglio di Stato attribuito agli ospizii taluni effetti mobili costituiva *un prelevamento su la eredità devoluta allo Stato* (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 545.)

Nulladimeno la dottrina più generale, e segnatamente la pratica non sonosi fermate a tali obbiezioni.

Primieramente è manifesto che il Consiglio di Stato, se non aveva potuto ledere, come affermasi, a pro degli ospizii, i diritti degli eredi, neppure avrebbe potuto ledere i diritti dello stato, come avevaglieli conferiti il Codice Napoleone con l' art. 768 — 684.

Or nulladimeno ammettesi che, in forza di questo parere del Consiglio, gli ospizii debbon preferirsi allo Stato: dunque è mestieri di necessità ammettere dover esser preferiti agli eredi. Di fatti debbesi considerare come legalmente obbligatorio tal parere del Consiglio di Stato, approvato dall'Imperatore ed inserito nel *Bullettino delle leggi*, emesso per via d'interpetrazione legislativa degli antichi editti esaminativi, e delle novelle disposizioni del nostro codice (confr. legge del 16 set. 1807, ed il nostro t. I, n. 120 e 187.)

Relativamente alla seconda obbiezione, consistente nel sostenere che il parere del Consiglio di Stato non attribuisce tali specie di oggetti mobili agli ospizii, ad esclusione degli eredi, è manifestamente contraria al testo medesimo di questo parere; e basta raffrontare i numeri 1 e 2 per ravvisare che, mentre la disposizione del numero 1 chiama gli ospizii, ad esclusione nel tempo stesso degli eredi e del demanio, la disposizione del numero 2 riserva per contrario i diritti degli eredi e legatarii, e chiama gli ospizii ad esclusione soltanto del demanio (confr. i giudicati riferiti *infra*, n. 194; Chabot, art. 768, n. 2; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 273, nota *a;* Demante, t. III, n. 91 *bis*. III).

194. — Il punto più procardico a risolvere si è il conoscere qual sia il vero senso della espressione *effetti mobili*, adoperata nel parere del Consiglio di Stato.

Comprende forse i soli effetti mobili corporali, come biancheria, *bagaglie*, *abiti* ed altri effetti simiglianti, ad uso giornaliero dello infermo, e che costui avesse recati nel- l'ospizio?

Ovvero, per contrario, è mestieri intendere la espressione medesima, nell'ampio significato attribuitole dall'art. 535 C. Nap.—460 il quale abbraccia tutto ciò che reputasi mobile giusta la legale distinzione dei beni?

Un infermo, per esempio, muore all'ospizio, e nella saccoccia dei suoi abiti trovasi una inscrizione di rendita di 50 franchi, ed una cintura contenente 1900 franchi in oro.

L'ospizio ha forse diritto alla rendita ed all'oro medesimo.

Sì, si è risposto: nel parere del Consiglio di Stato rinviensi adoperata la espressione *effetti mobili*, senza restrizione: or il senso legale di tale espressione trovasi determinato oggidì dall'art. 535—460. Altronde non va incontro a verun pericolo lo avvenir così: dappoichè se il titolo e la somma rinvenuti

negli abiti del defunto sieno importanti, non verrà più considerato come indigonte, e gli eredi potranno dimandare ciò che avrà lasciato, con l'obbligo soltanto di rimborsare all'ospizio lo importare delle spese e dei soccorsi somministrati (confr. D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n, 128).

Questa ultima considerazione indubitatamente molto attenuerà il pericolo della suriferita opinione, quando la contesa sorgerà fra l'ospizio e gli eredi, ma la controversia può sorgere fra l'Ospizio e lo Stato, ed in questa ultima ipotesi *il suggerito temperamento, il quale risponde*, dicesi, *a tutte le obbiezioni*, non è per contrario di alcun valore, dovendo allora l'ospizio preferirsi allo Stato su tali *effetti mobili*, anche quando la curagione siasi soddisfatta.

Quindi, crediamo, in quanto a noi, che la espressione *effetti mobili* debba qui dinotare mobili corporali, biancheria, bagagli, abiti, ec. ad uso giornaliero dello infermo.

È ben vero che l'art. 535 attribuisce a tale espressione un più ampio significato, ma abbiamo già osservato che l'articolo medesimo nulla conteneva d'imperativo, e che racchiudeva una semplice regola d' interpetrazione suscettiva di venir modificata dalle diverse circostanze onde la espressione medesima trovasi adoperata (*ved.* il nostro *Trattato della distinzione dei beni*, t. I, n. 441,442 e 449).

Or il significato della espressione in esame sembra doversi circoscrivere qui per più motivi:

1° Perchè il Consiglio veniva consultato intorno ad una specie in cui trattavasi effettivamente di effetti corporali ad uso dello infermo.

2° Perchè le stesse ragioni del suo parere dimostrano avere inteso applicarlo a quei soli effetti, « considerando, esso dichiara, che il vantaggio è stato sembre risguardato come *lieve indennizzamento* delle spese cagionate dagl'infermi; »

3° Finalmente, perchè lo attribuire all'ospizio tutti i mobili qualsivogliano, valori in contante o in titoli, che lo infermo avesse potuto recare nell'ospizio, farebbe dipendere il suo diritto da circostanze affatto fortuite ed aleatorie, e potrebbe quindi procacciargli un considerevole lucro ad onta dello essenziale carattere di queste specie di stabilimenti di beneficenza e di carità! (Confr. decis. C. di Parigi 15 nov. 1833, ospizio di N..., D. 1834, II, 2, di Bordò 17 ag. 1853; ospizio di Bordò, D. 1854, II, 154, Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 271).

195.—È da por mente che tale esclusione degli eredi a pro dell' ospizio ha luogo sol quando gl'infermi sieno stati gratuitamente curati, e non siensi menomamente soddisfatte le spese di curagione e mantenimento (*conf.* decis. C. di Brusselles 27 lug. 1822, Clement, D., *Rac. alfab.* v. *Success.*; n. 126 e 129).

196.—Nel secondo caso (*supra*, n. 192), val dire quando le spese di curagione e mantenimento siensi soddisfatte in un modo qualsivoglia, il diritto degli eredi e dei legatarii, qualora ve ne sieno, rimane intatto.

È solo ad esclusione del demanio l' ospizio può raccogliere gli effetti mobili recativi dallo infermo.

197.—Finalmente è da riflettere nulla essersi invocato dal parere del Consiglio di Stato del dì 8 nov. 1809 rispetto ai militari (o marini) morti negli ospizii dopo esservi stati curati a spese dello Stato (*confr.* D., *Rac. alfab.*, v. *Success.* n. 125)

SEZIONE II.

Delle condizioni e delle formalità da osservarsi dai successori irregolari per venire immessi in possesso della eredità, — E degli effetti della osservanza o della inosservanza di queste formalità.

SOMMARIO.

198.—Esposizione
199.—Gli articoli, determinanti le formolità, e le condizioni della immissione in possesso, le impongono espressamente a'figli naturali al coniuge superstite ed allo Stato. —*Quid* relativameote a'genitori del figlio naturale ed a'suoi fratelli e sorelle leggittimi o naturali?—Rimando.
200.—I figli naturali vi vanno soltoposti sol quando vengano chimat i in mancanza di parenti.
201.— Divisione.

198.—Abbiamo osservato che i figli naturali, il conjuge superstite e lo Stato non trovandosi impossessati, debbano farsi immettere in possesso dal magistrato (art. 724—645).

Ed abbiamo pure esposto qual sia la loro posizione, sia prima di ottenere tale immissione in possesso, sia dopo ottenuta (*ved.* il t. I, n° 150 *bis* e seg.)

Ci rimane ora ad occuparci, in modo più speciale, delle condizioni e delle forme della immissione in possesso.

199.—Gli artic. determinanti le condizioni e le forme medesime, le impongono espres-

samente a'figli naturali, al conjuge superstite ed allo Stato (art. 769 e seg. — 685, tranne pure l'art. 774—687, inapplicabile allo Stato; *infra*, n° 215).

Non pertanto sonovi eziandio altri successori irregolari, cioè i genitori naturali ed i fratelli e sorelle legittimi o naturali del *de cujus* (art. 766—681); ed è quistione se debbano parimente osservare le formalità e le condizioni della immissione in possesso. Ma ci sarà più agevole risolvere tal quistione, quando avremo esposto in che consistono tali condizioni e formalità (*infra*, n° 232).

200.—Se non che osserviamo, sin da ora, che gli stessi figli naturali vi vanno sottoposti sol quando vengano chiamati in mancanza di parenti.

L'art. 773 di fatti si esprime così:

« Le disposizioni degli art. 769, 770, 771 « e 772 sono comuni a'figli naturali chiamati « alla successione in mancanza di parenti. » (Agg. art. 758—674).

Quando vi sieno parenti, trovandosi impossessati della totalità de' beni, precisamente contro di essi i figli naturali debbano formare la loro dimanda di rilascio o di divisione; e non è menomamente necessario adire in tal caso il magistrato ad obbietto di ottenere tale immissione in possesso (Decis. C. di Nancy 22 genn. 1838, André, D., *Rac. al fab.*, v. *Success.*, n° 123; *ved.* il t. I, n. 121 e 139).

Avverrebbe lo stesso, come appresso osserveremo, se esistesse un legatario universale, il quale avesse il possesso, in conformità dell'art. 1006—932 (confr. Toullier, t. II, n° 290).

201.—Dobbiamo qui principalmente disaminare due punti, cioè:

1° Quali sieno le condizioni e le formalità della immissione in possesso;

2° Qual sia lo effetto, sia della osservanza, sia della inosservanza di tali condizioni e formalità.

§. I.

Quali sono le condizioni e le formalità dello immissione in possesso?

SOMMARIO.

202.— Qual è mai lo scopo delle formalità e delle condizioni cui il legislatore ha sottoposto la immissione in possesso?

203.—Dell'obbligo di fare apporre i suggelli e distendere inventario.

204.—Della dimanda d'immissione in possesso, e dell'obbligo di far procedere a pubblicazioni ed affissi.

205.—In qual modo la dimanda d' immissione in possesso debbesi formare?

206.—Continuazione. È forse necessario far nominare un curatore alla eredità giacente?

207.—Continuazione.

208.—L'attore debbe somministrare le pruove dimostranti il buon fondamento della sua pretensione.—Quali documenti debbono unirsi alla sua dimanda?

209.—Se apparisca immediatamente che la dimanda d'immissione in possesso non trovisi ben fondata, il magistrato debbe rigettarla *de plano*, dietro le conclusioni del pubblico ministero?

210.—Se il magistrato stimi esservi luogo a far diritto alla dimanda debbe emettere una sentenza preparatoria, onde ordini pubblicazioni ed affissi da seguire nelle forme usitate.—Quali sono queste forme?

211.—Continuazione.

212.—È uopo che l'attore somministri precisamente la pruova non esservi alcun successore regolare, che gli si debba preferire.

213.—*Quid*, se la pubblica notorietà o indizii giunti al pubblico ministero abbiano svelato al tribunale la esistenza de' successori regolari o irregolari preferibili o eguali in diritto all' attore?

214.—La immessione in possesso non può essere semplicemente provvisoria: è uopo che sia diffinitiva.

215.—Il conjuge superstite ed i figli naturali debbono impiegare il valore de'mobili o dar cauzione.—Tale obbligo non va imposto allo Stato.

216.—Continuazione.

217.—Dello impiego del valore de'mobili.

218.—Continuazione.

219.—In qual modo debbe seguir lo impiego?

220.—A rischio di chi debbe farsi lo impiego?

221.—Dell' obbligo di dar cauzione in mancanza d'impiego del valore de' mobili.—Osservazione relativamente a' figli naturali.

222.—Continuazione.

223.—Verso di chi il garante si troverà obbligato?

224.—Continuazione.

225.—Il fidejussore è tenuto di garentire la restituzione dei mobili ereditari.—Conseguenze.

226.—Continuazione.

227.—Per quanto tempo il fidejussore trovasi obbligato.

228.—Continuazione.

229.—Continuazione.—Da qual giorno cominciano a decorrere i tre anni, dopo il cui trascorrimento il garante trovasi liberato?

230.—In qual modo avviene, dopo trascorso il triennio, la liberazione del fidejussore?

231.—Continuazione.

232.—I genitori ed i fratelli e sorelle del figlio naturale van forse soggetti all'obbligo di osservare le formalità imposte dagli art. 769 e seg?

202.—Le condizioni e le formalità, cui il legislatore ha sottoposto la immissione in possesso, offrono in generale il duplice scopo:

Sia di comprovare la qualità dei successori i quali formano la dimanda d' immissione in possesso, ed avvertire, mercè taluni provve-

dimenti di pubblicità, gli altri successori, se ve ne sieno, preferibli o eguali in diritto.

Sia di assicurare, in convenienti limiti, la conservazione dei beni, mercè talune garentie di restituzione, nello interesse dei successori preferibili o eguali in diritto, i quali potrebbero poscia presentarsi.

Di qui discende, come ravviseremo, l' obbligo:

1° Dell'apposizione dei suggelli e dello inventario.

2° Delle pubblicazioni e degli affissi.

3° Dello impiego del valore dei mobili o di una cauzione.

203.—E primieramente l'art. 769—685 si esprime così:

« Il conjuge superstite e l'amministrazione » del demanio che pretendono aver diritto » alla credità, debbono fare apporre i suggilli; » e fare stendere l'inventario nelle forme pre» scritte per l'accettazione dell' eredità col » beneficio dell' inventario. » (Confr. art. 794 e seg. C. Nap. — 714, e 941 e seg. C. pr. 1017.)

Ponendo mente all'ordine degli articoli, sembra che questa formalità, secondo la intenzione del legislatore, debbasi osservare dai successori irregolari, pretendenti diritto alla eredità, anche prima di formare la loro dimanda d'immissione in possesso. Altronde ben se ne comprende il motivo; sia che l'apposizione dei suggelli e lo inventario abbiano per iscopo d'impedire le sottrazioni ed assicurare la conservazione dei beni nello interesse dei successori, quali potrebbero poscia presentarsi, sia che abbiano per iscopo di chiarire circa la consistenza della eredità quelli frai successori irregolari i quali volessero conoscerne la importanza, prima di formare la loro dimanda d' immissione in possesso, importa, in tutti i casi, che la osservanza di queste formalità non venga differita.

Non pertanto nulla ci sembra ostare al formarsi la dimanda d'immissione in possesso, prima di distendersi l'inventario dai successori irregolari i quali si credessero, sin da ora, abbastanza chiariti circa la consistenza della eredità.

Se non che la stessa immissione in possesso non potrebbesi pronunziare senza essersi giustificata la osservanza di questo conservatorio provvedimento.

204.—A norma dell'art. 770—686:

« Essi debbono dimandare al tribunale di » prima istanza, nella cui giurisdizione si » è aperta la successione, la immissione in » possesso della medesima. Il tribunale non »può pronunziare su la domanda che do» po tre pubblicazioni ed affissioni nelle so» lite forme e dopo sentito il regio procu» ratore. »

Il tribunale competente è naturalmente quello nella cui giurisdizione è aperta la successione; ed è noto che il luogo dell'apertura della successione viene determinato dal domicilio del *de cujus* (art. 110—115; *ved.* il nostro t. I, n. 339).

205.—L'art. 770 non determina il modo di formarsi la dimanda d'immissione in possesso.

Ma le analogie desunte da circostanze simiglianti, in cui il legislatore si è spiegato, non permettono dubitare che la dimanda medesima debba formarsi con apposito atto (arg. dagli art. 859 ed 860 C. pr. — 937 e 938).

E di fatti è coslante la pratica su tal punto (Conf. Bertiu, *Camera del Consiglio*, t. II, n. 1170).

206. — Nonpertanto si è sostenuto esser necessario, innanzi tutto, che il successore irregolare, pretendente diritto alla eredità, facesse procedere alla nomina di un curatore alla eredità giacente, avverso il quale la dimanda dovrebbe formarsi (Confr. decis. C. di Amiens 25 mag. 1838, Debled (decisione Cassata, *infra*), Dev. 1840, I, 760; Toullier, t. II, n. 292).

Ma cotesta dottrina non ha trovato propugnatori; ed effettivamente non poteva trovarne;

Di fatti, a norma dell'art. 811 — 730, la eredità reputasi giacente sol quando, trascorsi i termini per fare inventario e deliberare, *non si presenti alcuno che reclami questa eredità*, non sia noto l'erede o gli eredi certi vi abbiano rinunziato.

Or supponiamo, per contrario, che un successore irregolare *si presenti per reclamare la eredità*.

Dunque la eredità non potrebbesi reputare giacente; dunque non evvi luogo alla nomina di un curatore.

Si è obbiettato che l'art. 811 *parla ad evidenza degli eredi legittimi*: tal è soprattutto l'argomento di Toullier, il quale è giunto così sino a conchiudere che la eredità debbasi considerare giacente, anche quando si dimandi da un successore irregolare (*loc. supra cit.*).

Ma che! forse non è questa la più flagrante trasgressione del testo assoluto della legge e di tutti i principii? Di fatti come mai sostenere essere *giacente* la eredità, mentre evvi cotesto attore, il quale, quantunque successore irregolare, dimanda sempre, senza dubbio con somma legittimità, la eredità devutagli! (*Ved.* la *Esposizione dei motivi* di Treilhard; Locré, t. X, p. 193, n. 24; ed *infra* su l'art. 814).

Indarno ancora obbiettasi la necessità di procacciare un contraddittore a tal dimanda d'immissione in possesso, ed un amministratore ai beni della eredità durante il corso di questa procedura. Imperocchè, da un lato il naturale contraddittore, in tali occasioni ed altre somiglianti, è il pubblico ministero (art. 770—686); ed altronde non è da dimenticare trattarsi qui molto meno di una sentenza propriamente detta che di un atto di giurisdizione graziosa, e d'altro lato è manifesto competere al tribunale il provvedere, secondo le circostanze, ai bisogni dell'amministrazione, ed ordinare all'obbietto, sia dietro richiesta del procuratore imperiale, sia di uffizio, i provvedimenti che stimasse opportuni. Quindi potrà destinare una persona per amministrare la eredità durante il tempo necessario alla osservanza delle formalità della immissione in possesso, e siccome può incaricare di tale amministrazione una persona terza, così del pari nulla impedisce che l'affidi allo stesso attore (confr. decis. C. di Parigi 26 marzo 1835, Debuère, Dev. 1836, II, 282; arresto C. cass. 17 ago. 1840, Demanio, Dev. 1840, I, 759, decis. C. di Colmar 18 gen. 1850, Rauver, D. 1851, II, 181; di Rennes 7 lug. 1854, citata da D., *Rac. alfab.*. v. *Success.*, n. 394; Chabot, art. 773, n. 3. Belost-Jolimont, *Osserv.*, 1 e 2; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 292, nota *a*; Duranton, t. VI, n. 552; Vazeille. art. 770, n. 2, 3; Malpel, n. 199 e 339; Zachariae, Aubry e Raux, t. IV, p. 524, Massé e Vergé, t. II, pag. 141, Demante, tomo III, numero 89 *bis.*, III).

207.—E non solo non evvi luogo a destinare, in simigliante caso, un curatore alla eredità giacente.

Anzi! dai motivi testè addottati emerge che la dimanda d'immissione in possesso formata da un successore irregolare, posteriormente alla nomina di un curatore, dovrebbe fare svanir la nomina medesima (confr. le citazioni *supra*, n. 206).

208.—L'attore debbe produrre, secondo il diritto comune, le pruove dimostranti il buon fondamento della sua pretensione (L. II; ff. *de probat.*; arg. dall'art. 1315—1269.

E regolarmente debbe qui somministrare una duplice pruova:

Da un lato è mestieri che dimostri la esistenza, nella sua persona, della qualità in forza di cui dimanda la immissione in possesso; che esibisca, per esempio, se il reclamante sia un figlio naturale, l'atto autentico con cui il *de cujus* l'abbia riconosciuto;

D'altro lato conviene altresì che dimostri, mercè la esibizione di un atto di notorietà, non esservi, o almeno non essersi presentato alcun successore preferibile per dimandare la eredità (*ved.* non pertanto (su questo ultimo punto, *infra*, n. 212, 213).

I documenti, destinati a somministrare questa duplice pruova, debbono unirsi dall'attore alla sua dimanda (arg. dall'art. 859 C. pr.—937).

209.—Se apparisca immediatamente che la dimanda d'immissione in possesso non sia ben fondata, il tribunale può, o piuttosto debbe rigettarla *de plano*, dopo avere inteso il procuratore imperiale.

Quando l'art. 770 dichiara che *il tribunale non può pronunziare su la dimanda che dopo tre pubblicazioni ed affissioni*, la ragione ci dimostra abbastanza che la procedura medesima è richiesta sol quando il tribunale stimi esservi luogo a dar corso alla dimanda.

Ciò che ne emerge si è che la immissione in possesso può ordinarsi sol dopo aver avuto luogo pubblicazioni ed affissi; dappoichè è necessario in tal caso che gl'interessati, se ve ne sieno, vengono avvertiti e constituiti in mora; ma non conviene al certo inferirne che il tribunale, quando abbia già determinato di rigettare la dimanda, debba ricorrere a mezzi di pubblicità non aventi più scopo nè oggetto.

210.—Se per contrario il tribunale stimi esservi luogo a dar corso alla dimanda, debbe emettere sentenza preparatoria, onde ordini prima di far diritto, che la dimanda d'immissione in possesso rendasi pubblica, a diligenza dell'attore, mercè tre pubblicazioni ed affissi nelle forme consuete.

Nè il Codice Napoleone, nè il Codice di procedura han determinato, per tal caso, il modo di pubblicità, e ne sono emerse, in dottrina, e segnatamente in pratica, molte divergenze.

È indubitato trattarsi qui di tre apposizioni successive di affissi e di tre inserzioni successive della dimanda in un giornale, apposizioni ed inserzioni da rinnovarsi in varii intervalli, e di fatti l'uso è costantissimo su tal punto (confr. Demante, t. III, n. 89 *bis*, IV).

Similmente è pure manifesto che gli affissi e le pubblicazioni debbono enunciare con precisione:

1° La individualità della persona del *de cujus* e la sua morte, cioè l'apertura della successione di cui dimandasi la immissione in possesso;

2° E la stessa dimanda d'immissione in possesso.

211.—Ma ogni volta quante apposizioni di avvisi ed affissi sono necessarie?

In quali intervalli le apposizioni di affissi e le inserzioni nei giornali debbono seguire?

E finalmente quanto tempo dopo l'ultimo affisso e l'ultima pubblicazione può emettersi la sentenza d'immissione in possesso?

Ecco i punti dubbii.

L'art. 770 si limita ad inviarci *alle solite forme*, val dire agli usi, ma precisamente su tale obbietto non rinvengonsi usi, o almeno *gli usi esistenti* sono oltremodo incerti e segnatamente di estrema varietà.

Una circolare del ministro della giustizia del di 8 lug. 1806 stabilisce nei seguenti termini le forme da osservare, quando la dimanda d'immissione in possesso venga formata dall'amministrazione dei demanii:

« . . . Il primo atto del tribunale su la dimanda d'immissione in possesso verrà inserito nel *Monitore*, i tre affissi che debbono precedere la sentenza d'immissione in possesso, verranno apposti nel perimetro giurisdizionale del tribunale in cui si è aperta la successione, di tre mesi in tre mesi: la sentenza d'immissione in possesso verrà pronunziata un anno dopo la dimanda; e sino alla prolazione della sentenza medesima nessun atto traslativo di godimento o proprietà verrà formato se non quando sarà ordinato dal tribunale... » (V. in Locré, *Legisl. civ.* t. X, p. 315. 346).

Ma tal circolare riguarda, come abbiamo osservato, la sola amministrazione dei demanii.

Taluni hanno insegnato che i tribunali dovessero uniformarsi del pari, per ragion di analogia, quando la dimanda venisse formata da altri successori irregolari, da un figlio naturale o dal conjuge soperstite (confr. Delvincourt, t. II, p. 22, nota 9; Toullier, t. II, n. 298, Taulier, t. III, p. 205, 206, Bertin *Camera del consiglio*, t. II, n. 1170).

Ma noi non ammettiamo tal sentimento, sia in diritto, perchè una circolare ministeriale non è obbligatoria pei tribunali, sia in ragione, dappoichè i termini prefissi dalla circolare del dì 8 luglio 1806, i quali sembrano essere stati desunti in parte dalla materia dell'essenza (*ved.* art. 119—125), potrebbero spesso sembrare, nella nostra materia speciale, esagerati: di fatti l'analogia non è pressochè adeqnata. In caso di assenza, e soprattutto di semplice presunzione di assenza, ciò che è incerto si è la morte stessa di colui dei beni del quale gli eredi presuntivi o altri, vogliono venire immessi in possesso, mentre qui trattasi di persona, la cui morte trovasi debitamente dimostrata.

Altri autori, ammettendo tal differenza, hanno insegnato che converrebbe allora osservare la forma delle pubblicazioni ed affissi imposti dal Codice di procedura per la vendita dei beni immobili, soprattutto quando si rinverranno immobili nella eredità (art. 959 a 964 C. pr. — 884 ad 886; Chabot, articolo 770, n. 4).

Ma dunque, a dir vero, quale connessità, o piuttosto semplicemente qual relazione puossi rinvenire fra questi due casi! Sarebbe lo stesso che dire doversi osservare la forma delle pubblicazioni per la vendita dei mobili ordinarii, ovvero quella stabilita per la vendita delle barche, schifi, ec. con l'articolo 620 C. pr. — 711!

Ad evidenza queste analogie, o piuttosto tali spedienti, tornano inopportuni alla ipotesi in esame.

Dunque qual cosa e da conchiudere?

Una sola, la quale ci sembra essere di fatti, nel silenzio della legge, la più sicura, cioè che tutto trovasi lasciato al prudenzial potere dei tribunali, i quali possono, secondo i casi, comandare quei provvedimenti che le circostanze sembrano loro richiedere, per modo da soddisfare alla condizione della pubblicità dalla legge richiesta, senza nulladimeno ricorrere ai provvedimenti troppo dispendiosi, i quali potrebbero, soprattutto in tali ipotesi, troppo gravare le credità generalmente di tenue valore (confr. Duranton, t. VI, n. 353; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 524; Massé e Vergé, t. II, p. 141; Marcadé: art. 770, Demante, t. III, n. 89 *bis*,

IV; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.* n. 393),

Ed ecco come la pratica dei diversi tribunali presenta, su tal punto, molta varietà.

Quindi in Parigi, dove erasi dapprima osservata la circolare del dì 8 luglio 1806, sembra ora essersene dipartiti, succedendosi gli avvisi ed affissi di quindici in quindici giorni e la sentenza d'immissione in possesso viene emessa due mesi dopo l'ultima pubblicazione.

In Caen si osserva pure lo intervallo di giorni quindici tra gli avvisi ed affissi, ma la immissione in possesso viene ordinata immediatamente dopo l' ultima pubblicazione.

Altronde tali pubblicazioni vengono generalmente fatte non già nel *Monitore*, ma in giornali di avvisi giudiziarii, la cui pubblicità, se è meno ampia, è al certo più speciale.

Tutte queste divergenze sono, sotto più punti di veduta, indubitatamente spiacevoli, e sarebbe desiderabile che una legge determinasse, in modo uniforme, le condizioni della pubblicità da osservare nella subbietta materia.

212. — Dopo la osservanza debitamente dimostrata delle su riferite formalità, il tribunale vien chiamato a statuire diffinitivamente, inteso il pubblico ministero, su la dimanda d' immissione in possesso.

In buona sostanza qual è ora la condizione sotto di cui può ordinarsi tale immissione?

È uopo forse che l' attore somministri precisamente la pruova di non esservi alcun successore, regolare o irregolare, a lui preferibile?

Quindi si è insegnato:

1° Ogni attore, si è detto, debbe dimostrare i fatti su cui trovasi poggiata la sua pretensione, e dai quali dipende il successo di questa;

Or, a norma dell' art. 758—674, il figlio naturale ha diritto alla totalità dei beni *quando il padre* o *la madre non lascino parenti in grado successibile*; del pari che l' articolo 767—683 chiama il conjuge non divorziato *quando il defunto non lasci parenti in grado successibile nè figli naturali;* e finalmente solo *in mancanza* di conjuge superstite succede lo Stato medesimo, in conformità dell' art. 768—684:

Dunque è mestieri che chi dimanda la immissione in possesso dimostri, se sia un figlio naturale, il defunto *non aver lasciato parenti in grado successibile*; se sia un conjuge, il defunto *non aver lasciato* eredi legittimi nè successori irregolari, e finalmente, se sia lo Stato il reclamante, debbe dimostrare il *de cujus* non aver lasciato conjuge.

2° Di fatti gli articoli 758 e 767 non dichiarano che la immissione in possesso potrà ordinarsi a pro dell' attore, se eredi o altri successori a lui preferibili non si presentino, o sieno ignoti, ma richieggono che il defunto *non abbiane lasciato alcuno*, val dire non esistervene. E ciò precisamente diversifica la *mancanza di eredi* dall'essere i beni *giacenti vacanti*: in vero la *mancanza di eredi* constituisce la pruova raggiunta di non esservi alcun successore, mentre il trovarsi la eredità *giacente*, *vacante* constituisce la incertezza sul punto se vi sieno o pur no eredi (articolo 811—730; confr. Toullier, t. II, a, 291 a 294).

Ma cotesta dottrina di Toullier è stata unanimamente proscritta, e, a parer nostro, con somma ragione:

1° È ben vero che l' art. 758 dispone che i figli naturali han diritto alla totalità dei beni sol quando il *de cujus non abbia lasciato parenti in grado successibile;* tal è pure la formola dell' art. 767, il quale chiama il conjuge superstite; e, a primo aspetto, l' argomento che se ne desume, su la natura del fatto da provare da chi dimandi la immissione in possesso, sembra ben procedere (confr. Taulier, t. III, p. 209). Non pertanto è manifesto esser ciò una mera astrazione. Di fatti il buon senso, più delle regole del diritto, dimostra che la legge non ha potuto volere imporro all' attore l' obbligo di una pruova impossibile: or tal sarebbe il carattere della pruova che si pretendesse porre qui a suo carico, pruova di un fatto assolutamente negativo, il quale non risolvesi in alcun fatto affermativo opposto. Come mai dimostrare che il *de cujus* non abbia lasciato alcun parente sino al dodicesimo grado, nè nella linea paterna, nè nella linea materna, nè ne' diversi rami più o meno suddivisi di ciascuna di tali linee! E se chi dimanda la immissione in possesso sia il conjuge, la cosa è ben diversa; dappoichè gli converrebbe dimostrare che non solo il *de cujus* non ha lasciato in alcun luogo, in veruna contrada del mondo, alcun parente in grado di succedere, ma che non ha lasciato alcun figlio naturale! suppongasi pure che il *de cujus* fosse un figlio naturale; ciò che converrebbe dimostrare allora si è esso medesimo non aver lasciato figli naturali, nè fratelli, nè sorelle naturali!

2° L'attore di cotesta dottrina, relativa-

mente al figlio naturale, insegna che se non provi che il padre o la madre non abbia lasciato parenti in grado di succedere può dimandare di venire immesso in possesso de' tre quarti de'beni, porzione dalla legge attribuitagli in mancanza di discendenti, ed ascendenti del defunto (Toullier, t. II, n. 291-292). Ma flagrante è la contradizione! avvegnachè l'art. 757—674 gli attribuisce i tre quarti de'beni *quando il padre o la madre non lascino discendenti, nè ascendenti, nè fratelli nè sorelle*: le espressioni sono assolutamente le stesse che quelle adoperate nell'art. 758: dunque, se per aver diritto di venire immesso in possesso della totalità de'beni in forza dell'art. 758, è mestieri che il figlio naturale *provi* i suoi genitori non aver lasciato parenti in grado di succedere, è uopo del pari assolutamente, per aver diritto di venire immesso in possesso de' tre quarti, in forza dell'art. 757, che provi i suoi genitori non aver lasciato discendenti, nè ascendenti, nè fratelli, nè sorelle! E di leggieri si scorge la conseguenza! Cioè trovarsi il figlio naturale assolutamente interdetto riguardo alla eredità, e per un tempo indefinito! Di fatti, qualunque siasi la parte da lui dimandata, se dimandi, per esempio, un terzo della porzione che avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo, gli diremmo: Provate di avervi diritto! cioè provate non avere il vostro autore lasciato uno o due figliuoli legittimi!

3° Dunque qui non rinviensi possibile soluzione! Toullier l'ha compreso; avvegnachè finisce con ammettere che la pruova, da lui imposta all' attore, non potrebbe essere (*loc. supra cit.*, n. 293) e, *che spetta alla prudenza del magistrato il valutarla* (n. 299). Finalmente! ed è questa, a parer nostro, la verità; ma tal concessione, come ben si avvisa, constituisce l'abbandono del radicale sistema propugnato dal chiarissimo autore.

Di fatti, in quanto a noi avvisiamo trovarsi ciò affidato alla prudenziale valutazione dei magistrati. A dir vero la legge testualmente richiede una sola preventiva condizione, cioè la pubblicità della sentenza preparatoria: vuole inoltre che lo immesso in possesso dia cauzione ed impieghi il prezzo de' mobili; ed è manifesto che questi medesimi provvedimenti virtualmente suppongono che essa non subordina la immissione in possesso dell'attore alla condizione della pruova acquistata non esservi alcun successore preferibile; dappoichè diversamente tali provvedimenti di eventuale garentia tornerebbero sommamente inutili.

È incontrastabile potere il tribunale, dopo gli affissi o le pubblicazioni, richiedere che lo attore produca un novello atto di notorietà comprovante che nessuno avente diritto preferibile si è presentato per dimandare la eredità; anzi avvisiamo doversi sempre fare tal produzione. Ma unicamente ciò puossi imporre a chi dimandi la immissione in possesso (confr. decis. C. di Parigi 26 marzo 1835, Debnire, Dev. 1835, II, 282; Duranton, t. VI, n. 352; Chabot, art. 773, n. 3; Belost-Jolimont, *Osserv.*, I e II; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 292, nota *a*; Demante, t. III, n. 89 *bis*, IV; Bertin, *Camera del Consiglio*, t. II, n. 1472; Vazeille, 770, n. 2, 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 523; Massé e Vergé t. II, p. 444; Malpel, n. 159; Ponjol, art. 769, n. 3; D, *Rac, alfab.*, v. *Success.*, n. 395).

243.—Dunque supponiamo che da un atto di notorietà esibito dall'attore risulti *non essersi presentato* alcuno avente diritto per dimandare la eredità.

Ma la pubblica notorietà o notizie giunte al procuratore imperiale hanno svelato al tribunale la esistenza di successori regolari o irregolari, preferibili o eguali in diritto all'attore.

Il tribunale in tale stato di cose, o dopo il trascorrimento de' termini per distendere inventario e deliberare, debbo forse nondimeno accordargli la immissione in possesso?

Tal quistione è di scioglimento più procardico; e tre opinioni potrebbero venir messe in campo:

A. A norma della prima, la circostanza essere persone chiamate alla eredità, ad esclusione degli attori, non osterebbe all'ammissione della dimanda, se altronde tali persone fossero rimaste nella inazione e non avessero manifestato alcuna pretensione alla eredità: si sostiene, in questo sistema, che in materia di eredità l'assenza o la inazione delle persone chiamate alla eredità in primo luogo, debbesi assimigliare alla loro inesistenza, nel senso che le persone cui la eredità sarebbe spettata in secondo luogo vengono provvisoriamente autorizzate come eredi o successori irregolari del defunto, ed esercitare i diritti loro competenti in questa qualità (arg. dagli art. 136-137—142-143; confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 525-527; Duvergier sopra Toullier, t. II, p. 297, nota *b*.)

B. A norma della seconda opinione, per

contrario, il tribunale dovrebbe rigettare la dimanda d'immissione in possesso, sol perchè la esistenza degli eredi o de'successori preferibili all'attore gli fosse stata disvelata, sia dalla pubblica notorietà, sia da'mezzi d'instruzione che avesse creduti dover ordinare di uffizio; avvegnachè, al postutto, l'attore debbe conseguire la immissione in possesso della eredità sol quando siavi chiamato dalla legge: or non vi è più effettivamente chiamato: quando altri, per contrario, vegono chiamati prima di lui (confr. Duranton, t. VI, n. 352; Chabot, art. 773 n° 3; Belost-Jolimont, *Osserv.* 1; Favard, *Rep.*, v. *Success.*, sez. IV, § 4, n° 3; Demante, t. III, n. 89, *bis*, IV.)

C. Se convenisse scegliere fra queste due opinioni, in quanto a noi crederemmo dover adottare la seconda. Ma ci sembra esservi luogo a fare una distinzione:

Forse è stata svelata al tribunale la esistenza di un erede legittimo? in tal caso non dovrebbe accordare la immissione in posses so al successore irregolare attore.

Forse trovasi svelato soltanto la esistenza di un successore irregolare, preferibile o eguale in diritto all'attore?il tribunale dovrebbe sempre accordare la immissione in possesso all'attore.

Tal destinzione ci sembra potersi giustificare dal testo medesimo dell' art. 811—730 e da'principi:

Di fatti, in conformità di tale articolo, quando dopo trascorsi i termini per distendere inventario e deliberare, *non si presenti alcuno che reclami un' eredità*, o *che non sia noto l'erede*, o *che gli eredi certi vi abbiano rinunziato*, questa eredità si reputa giacente.

Una prima e principal continuazione si richiede, innanzi tutto, come ben si ravvisa, per doversi la credita reputare giacente, cioè:

Che non si presenti *alcuno* per reclamarla.

Alcuno! questo vocabolo comprende tutti gli aventi diritto; e quindi la eredità non reputasi giacente, qualora venga reclamata da un successore qualsivoglia, sia erede, sia successore irregolare;

Eccetto nondimeno, in questo ultimo caso, cioè quando la eredità venga dimandata da un soccessore, irregolare, se vi sia on *erede nato*; dappoichè allora, ad onta della dimanda del successore irregolare, la esistenza di un erede noto dovrebbe impedire la immissione in possesso dell'attore.

Laonde, quando un successore irregolare dimandi la immissione in possesso, conviene ricorrere al seguente dilemma:

O esiste *un erede nato*; e tale circostanza è sufficiente ad impedire di accordarsi la immissione in possesso;

O esistono semplicemente altri successori irregolari preferibili o eguali in diritto all'attore; ed allora la immissione in possesso debbesi nullsdimeno accordare a costui, se gli altri successori irregolari, constituiti in mora con gli affissi e le pubblicazioni, non si presentino.

Ecco ciò che ci pare emergere dal testo dell' art. 811, il quale addiverrebbe inesplicabile nell'opposto sistema Di fatti se sempre fosse sufficiente *il non presentarsi alcuno* a dimandare la eredità in presenza di chi dimandi la immissione in possesso, per potere tale immissione ordinarsi a suo pro,non potrebbesi più spiegare la seconda condizione, richiesta dopo la prima, dall'art. 811, cioè di non esservi *erede nato*. Di fatti, che mai importerebbe la esistenza di un erede osto, se fosse necessario inoltre che si presentasse, e se non si presentasse!

E questa distinzione, la quale spiega il testo dell' articolo 811, ci sembra pure affatto unisona ai principii.

L' *erede* ! trovasi impossessato: non abbisogna di *presentarsi* per *reclamare la eredità*, e crediamo aver già dimostrato non potersi assimigliare la sua inazione alla sua inesistenza (*Ved.* il tomo I, n. 152).

Per contrario il successore irregolare, comunque acquisti eziandio, *a die mortis*, la proprietà dei beni ereditarii, non pertanto l' acquista sotto la condizione di *presentarsi* per *reclamarli* (art. 724—645): dunque, se non reclami la eredità, dopo essere stato costituito in mora mercè la pubblicità di altra dimanda d' immissione in possesso, ben si comprende dovere il tribunale far diritto alla dimanda formata da altro successore irregolare.

Altronde soggiugniamo competere, in simil caso, al procuratore imperiale il far giugnere direttamente al successore irregolare preferibile, la cui esistenza gli venisse disvelata, la cognizione della dimanda d' immissione in possesso, onde il tribunale venisse investito.

214. — Del resto il tribunale non può ordinare la immissione in possesso semplicemente provvisoria a pro dell' attore.

Non trattasi qui dei beni di una persona

la cui esistenza sia incerta, nè del sistema dalla legge fermato in materia di assenza (*Ved.* art. 120-129—126-135).

La situazione nostra è oltremodo diversa! Nel caso nostro rinviensi una successione debitamente aperta per la morte del *de cujus* ed il successore irregolare, il quale dimanda la immissione in possesso, reclama la eredità come proprietario, in forza della devoluzione fattagliene dalla legge.

Dunque il tribunale può ordinare soltanto una immissione in possesso diffinitiva (Confr. decis. C. di Parigi 20 germile anno XIII, Dandelot, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 398; Zachariae, Aubry e Rao, t, IV, p. 530, ed *infra*, n. 242).

245. — Da ultimo, a norma dell'articolo 771—687:

« Il consorte superstite è pure tenuto a « far impiegare gli effetti mobili, o a dare « cauzione bastante ad assicurarne la resti- « tuzione agli eredi del defunto, ove questi « si presentino nell'intervallo di tre anni: « passato questo termine la cauzione è « sciolta. »

Primieramente è da riflettere essere tal cauzione dovuta dal conjuge superstite, a norma dell'art. 771, e dai figli naturali, a norma dell'art. 773, il quale statuisce esser loro applicabile l'art. 771.

Ma l'art. 771 non fa menzione dello Stato; e neppure alcun altro articolo dichiara doverglisi applicare la disposizione del articolo 771.

Dunque l'amministrazione dei demanii non è in obbligo di dar cauzione o impiegare i mobili: essa può conservarli (la qual cosa non praticasi giammai): essa può venderli (ciò che praticasi sempre), come avverte Taulier (t. III, p. 207); ma in verun caso è tenuta a dar cauzione; dappoichè lo Stato è sempre solvente; e la nazionale dignità tollerar non potrebbe una contraria supposizione (vedila legge del 21 febbrajo 1827, la quale esonera il pubblico tesoro dal prestar cauzione, quando, nel caso contemplato dagli art. 2185 C. Nap. — 2084, ed 832 C. pr. — 915, la vendita all'incanto richieggasi in nome dello Stato; confr. decis. C. di Parigi 27 giugno 1825, Zenon-Lefebvre, Sirey, 1825, II, 259; arresto C. cass. 9 ag. 1826; l'agente del tesoro; Sirey, 1027, I, 17; i quali giudicati han renduto necessaria questa legge, statuendo che la cauzione, in tal caso, era dovuta dallo Stato).

246. — Dal testo medesimo dell'art. 771 risulta che il conjuge superstite o i figli naturali possono a propria scelta:

O impiegare i mobili;

O dar sufficiente cauzione per assicurarne la restituzione.

Ciò che suppone però poter essi, in questo ultimo caso, conservarli in natura e liberamente disporre (confr. Toullier, t. II, n. 201 Duranton, t. VI, n. 356).

247. — Se il conjuge superstite, o i figli naturali non trovino cauzione, ovvero, in tutti i casi se preferiscano impiegare i mobili al conservarli, sarà necessario vendere i mobili corporali, il cui impiego può farsi sol dopo essersi invertiti in contante mercè la vendita.

Rispetto al contante o ai mobili incorporali, come crediti da riscuotere o altri, lo impiego non abbisogna di alcuna preventiva formalità.

248. — Gli articoli in esame nulla dispongono intorno alle forme nelle quali dovrebbe seguir la vendita dei mobili. Ma si è generalmente di accordo nello statuire che il conjuge superstite ed i figli naturali dovranno osservare le formalità imposte dalla legge per le vendite di mobili fatte dall'erede beneficiato e dal curatore alla eredità giacente; e l'analogia delle situazioni, sotto questo punto di veduta, è in vero sommamente esatta (art. 769, 805, 806, 814—685, 723, 724, 733; confr. Chabot, art. 771, n. 3; Duranton, t. VI, n. 355; Demante, t. III, n. 89 *bis*, VI).

249. — Relativamente al modo d'impiegare il prezzo o più generalmente i valori mobili, gli articoli in esame neppur contengono veruna regola.

È mestieri inferirne che il tribunale potrà ordinare un determinato modo d'impiego o collocamento, che gli sembrasse, secondo i casi, il più convenienete e sicuro.

Se il tribunale nulla avesse imposto allo obbietto, lo impiego dovrebbe seguire nel modo più solido possibile, sia in compra d'immobili, sia in compra di rendite su lo Stato, sia in impiego con privati dietro ipoteca (arg. dall'art. 1067—1023).

È da por mente eziandio che è importante far menzione, nel contratto d'impiego, della origine del danaro e della qualità dei successori irregolari immessi in possesso; affinchè il contratto medesimo faccia conoscere ai terzi che dei beni formanti l'obbietto

dello impiego non puossi disporre dal successore irregolare pel corso di un triennio.

Laonde il tribunal civile della Senna statuì che il successore irregolare può venire esonerato dal dar cauzione, se offra invertire in rendite su lo Stato i valori mobiliari della eredità e farli inscrivere con menzione d'inalienabilità durante il triennio (sentenze del 23 agosto 1853).., e 9 agosto 1854; confr. art. 9 della ordinanza del 19 maggio 1831; Bertin, *Camera del Consiglio*, t. II; n. 1176; Duranton t. VI, n. 355; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 549).

220. — Quando lo impiego siasi fatto così di buona fede, con indicazione della origine del danaro, ed in condizioni sufficientemente preveggenti, la risponsabilità delle perdite che potessero sopraggiungnere ricadrebbe sui successori preferibili, se fosse evinto dappoi il successore immesso in possesso: di fatti allora andrebbe immuno da ogni colpa (confr. il nostro t. II, *Trattato dell'assenza*, n. 109; Duranton, t. VI, n. 355).

221. — Se il conjuge superstite o i figli naturali preferiscano conservare i mobili ed averne la libera disposizione, debbono allora dare una *cauzione sufficiente per assicurarne la restituzione*.

Marcadé fa osservare che i figli naturali, a differenza degli altri successori irregolari non potendo esser tenuti alla restituzione di tutti i beni, la cauzione da somministrarsi da essi non dovrebbe applicarsi effettivamente a tutti i beni (art. 771).

Cotesta differenza, sommamente esatta per massima, non pertanto in pratica torna di alquanta malagevole applicazione; dappoichè la maggiore o minor quantità dei beni che il figlio naturale, immesso in possesso, potrà venire esonerato dal restituire, dipende dal numero e dalla qualità dei successori ignoti, i quali potrebbero poscia presentarsi.

Dunque sotto questa riserva potrà esservi luogo ad aver riguardo a tal differenza nello ammettere la cauzione da somministrare dai figliuoli naturali.

La stessa osservazione applicasi allo impiego dei mobili.

222. — La cauzione debbesi ammettere in contraddizione col procuratore imperiale (arg. dagli art. 114 o 770 C. Nap. — 120 e e 686; 517 a 522 C. pr. 600 a 605).

No viene valutata la solvibilità avuto riguardo alla importanza del pari che alla natura dei beni la cui restituzione dovrà garentirsi.

E siccome trattasi di una cauzione richiesta dalla legge, così sono applicabili gli articoli 2040-2043—1912-1915 (confr. il nostro t. II, n. 92; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 528).

223. — A norma dell'art. 771, la cauzione vien data per assicurare la restituzione dei mobili nel caso in cui si presentassero *eredi* nello intervallo di tre anni.

Dalle quali cose è mestieri al certo inferire non trovarsi il garante obbligato verso i creditori, dei quali la legge non si è qui specialmente preoccupata, e cui altronde *non debbe farsi alcuna restituzione di mobili*: spetta ad essi il prendere, in questa come in tutte le altre occasioni, secondo il dritto comune, i provvedimenti di conservazione dalla legge permessi (*ved.* pure *infra*, n. 258; confr. Delvincourt, t. II, p. 23; nota 2; Duranton, t. VI, n. 354; Demante, t. III, n. 90 *bis*, I).

224. — Ciò che è dubbio si è se il fidejussore sia tenuto non solo verso gli eredi legittimi, ma eziandio verso tutti i successori quasivogliano, irregolari o testamentarii, i quali dappoi dimandassero contro il successore irregolare immesso in possesso la restituzione di tutti o parte dei mobili.

Il fidejussore, per esempio, dato dal conjuge superstite, sarebbe forse tenuto verso un figlio naturale o verso un legatario?

Si è insegnata la negativa:

1° Si è detto, a norma del testo medesimo dell'art. 771 (come dell'art. 772), la cauzione viene data nello interesse degli *eredi:* or i successori irregolari, al pari dei legatarii, non sono *eredi* (art. 723, 724, 756, 1002—644, 645. 674, 928).

2°. Altronde tali garentie di restituzione sono poggiate su la presunzione, unisona di fatti generalmente al corso ordinario delle cose, che ogni persona lascia nel morire, parenti legittimi in grado di succedere: or, per contrario, non potrebbesi, senza disconoscere la realtà dei fatti e senza offendere la stessa morale, presumere che ogni persona lasci, morendo, figli naturali: dunque la legge non aveva le stesse ragioni per imporre al conjuge superstite l'obbligo di dar cauzione nello interesse dei figli naturali, i quali potessero poscia presentarsi.

3°. Finalmente non iscorgesi per qual motivo il conjuge superstite sarebbe tenuto di dar cauzione nello interesse dei figli naturali i quali sono, al pari di lui, successori irrego-

lari, mentre i parenti legittimi più remoti, i quali si impossessano della eredità per cagion dell'assenza o della inazione dei parenti legittimi più prossimi, non vanno nulladimeno sottoposti all' obbligo di dar cauzione a pro di questi ultimi (Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 529).

Tali argomenti non ci sembrano decisivi; e, per contrario, avvisiamo che il garante dato per assicurare la restituzione dei mobili, debbe rimanere obbligato verso tutti i successori qualsivogliano, irregolari o testamentarii i quali avrebbero diritto di dimandare la restituzione medesima:

1° Primieramente, circa l' argomento desunto dal vocabolo *eredi*, adoperato negli articoli in esame (771 e 772), abbiamo già molte fiate osservato che quel vocabolo spesso adoperavasi dal legislatore in significato amplissimo, per dinotare ogni successore qualsivoglia, e che precisamente avuto riguardo al carattere ed allo scopo della disposizione particolare in cui rinvenivasi adoperato il vocabolo *erede*, conveniva statuire se tal fosse effettivamente l'ampiezza da attribuirglisi (*ved.* il t. 1, n. 122).

Or ci pare che tal mezzo d' interpetrazione ci conduca qui affatto a conchiudere comprendere l' art. 771, sotto il vocabolo *eredi*, tutti i successori qualsivogliano.

Finalmente di che mai trattasi? di assicurare la restituzione dei mobili o quelli i quali si presentassero ulteriormente, con diritti preferibili o eguali, per dimandarli: or i successori irregolari ed i legatarj trovansi affatto in tal condizione: dunque han qualità, del pari che interesse, per agire avverso il garante.

2° Eh! dunque per qual ragione il legislatore, il quale fermava tali garentie di restituzione, avrebbe voluto circoscriverne esclusivamente il vantaggio agli eredi legittimi? È ben vero che il parente più remoto, il quale s' impossessa della eredità in caso di assenza (o inazione) del parente più prossimo, non va sottoposto ad alcuna condizione di questo genere; ma allora effettivamente non rinviensi intervento del magistrato, nè alcuna formalità qualsivoglia. Per contrario, quando venga immesso in possesso un successore irregolare; il legislatore richiedendo da lui la osservanza di talune formalità e talune garentie, non comprenderebbesi per qual ragione coteste formalità e garentie, mentre vengono richieste, assicurerebbero la restituzione nello interesse di alcuni degli aventi diritto, e non già degli altri!

3°. Forse la mancanza di apposizione dei suggelli e dello inventario, del pari che degli affissi e pubblicazioni non potrebbe arrecaro ai successori irregolari ed ai legatarî un nocumento comune agli eredi legittimi? e se avessero sofferto cotesto nocumento, per qual motivo non potrebbero dimandarne la riparazione, in conformità dell' art. 772? Or, se l' art. 772 può venire da essi invocato, per qual motivo non possono invocare altresì l'articolo 774?

Dunque opineremmo dovere il garante esser tenuto verso i successori irregolari o verso i legatarii, sia universali, sia a titolo universale, sia a titolo particolare (confr. Duranton, t. IV, n. 354 e 357; Chabot, articolo 771, n. 7; Demante, t. III, n. 89 e 90 *bis*, 1).

225. — Del resto il fidejussore, eziandio rispetto a coloro verso i quali è obbligato, garentisce la sola *restituzione dei mobili ereditarii* (art. 771; confr. pure art. 807—726).

Dalle quali cose risulta non poter essere tenuto:

Nè per la restituzione degl' immobili (*ved. infra*, n. 236 e 237);

Nè per le colpe di amministrazione, che il successore immesso in possesso avrebbe potuto commettervi;

Nè per la restituzione dei frutti cui il successore, per la sua mala fede, avrebbe potuto esser condannato.

Tal è la legge; e non competerebbe al magistrato il volersi mostrare più preveggente di essa, richiedendo che il fidejussore contraesse una più ampia obbligazione (confr. Toullier, t. II, n. 302; Duranton, t. VI, n. 358; Chabot, art. 771, n. 5; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 528; D., *Rac. alfab.*, v. *Succes.* n. 401).

226. — Relativamente agl' immobili ereditarii, la legge non impone al successore irregolare immesso in possesso alcuna obbligazione speciale.

Ciò che puossi dire soltanto si è che presumerebbesi in generale averli ricevuto in buono stato; e se interessa a lui medesimo antivenire le consegnenze di questa situazione, potrebbe dimandare, per propria cautela, che lo stato degl' immobili venisse comprovato con una relazione di periti (arg. dall' articolo 126—132; *ved.* il nostro t. II. *Dell' assenza*, n. 98).

227. — Da ultimo, e relativamente alla durata dell' obbligo del fidejussore, l'articolo 771—687 dichiara doversi dar la cauzione:

« Per assicurare la restituzione (degli og« getti mobili) ove si presentassero eredi del « defunto nell' intervallo di tre anni; passato « questo termine la cauzione è sciolta. »

Tutti questi provvedimenti essendo gravissimi, il legislatore non ha creduto doverli far perdurare oltre un termine prefisso; e, trascorso un triennio, senza presentarsi alcun successore, divenire alquanto verosimile che il successore irregolare immesso in possesso non verrà evinto, cessando il fidejussore di essere obbligato.

È mestieri conchiuderne che il successore irregolare può, dopo questo termine, liberamente disporre degli effetti mobili ereditarii (confr. Chabot, art. 771, n. 2).

228. — Volendo attenersi letteralmente alla formola dell' articolo 771, potrebbesi credere gli eredi aver diritto alla restituzione degli effetti mobili nel caso in cui si presentassero nello intervallo di tre anni.

Ma in ultima analisi è questa una inesattezza di compilazione; ed è manifesto che i successori preferibili o eguali in diritto, i quali hanno, contro il successore irregolare immesso in possesso, la petizione di eredità, hanno conseguentemente un' azione la cui durata è di trenta anni (*ved.* il tomo I, n. 166; confr arresto C. cass. 10 feb. 1840, *G. del Foro*, t. I, 1840, p. 583; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 301, nota *a*).

Se non che, quando si presentino dopo lo intervallo di tre anni, corrono relativamente agli effetti mobili, i rischi della insolvibilità del successore immesso in possesso.

229. — Quale è il punto di partenza di questo triennio, trascorso il quale la cauzione rimane sciolta?

Forse l' apertura della successione? No ad evidenza; dappoichè la stessa immissione in possesso avrebbesi potuto dimandare più di tre anni dopo tale apertura.

Forse il giorno in cui il fidejussore ha assunto la sua obbligazione? ciò parrebbe più probabile; dappoichè puossi affermare che tale intervallo di tre anni è un termine opposto alla durata della obbligazione assunta dallo stesso fidejussore, e non alla durata della obbligazione importa al successore irregolare di dar la cauzione medesima (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 528).

Non pertanto crederemmo essere più uniformi al vero intendimento del legislatore il prefiggere cotesto punto di partenza al dì della immissione in possesso, il quale sembra qui il momento decisivo ed altronde molto meno variabile, che egli ha segnatamente in mira (confr. Chabot, art. 771, n. 1; Duranton, t. VI, n. 356; Marcadé, art. 771).

230.—Trascorso il triennio, la cauzione è sciolta, dichiara l'articolo in esame.

Sciolta dunque di pieno diritto e senza un giudicato;

Sciolta non solo per l'avvenire, ma eziandio pel passato (arg. dall' art. 129—135; *ved.* il nostro t. II, *Trattato dell'assenza*, n. 160).

231.—Non pertanto cotesto scioglimento segue, a pro del fidejussore, sotto la condizione di non presentarsi eredi del defunto nello intervallo del triennio (art. 771).

Se dunque siensene presentati prima del trascorrimento di questo termine, il fidejussore rimane obbligato verso di essi, eziandio dopo il triennio; anche quando quelli presentati non avessero agito direttamente contro di esso, altronde abbiamo agito contro il successore irregolare, il quale abbia ottenuto la immissione in possesso.

La condizione, sotto la quale soltanto il fidejussore poteva ottenere la sua liberazione, dopo il triennio, non trovandosi avverata, la sua obbligazione debbe allora aver la durata ordinaria delle obbligazioni, a norma del diritto comune (art. 2262—2169; confr. Duranton, t. IV, n°. 356).

232.—È questo il luogo di risolvere la quistione testè accennata (n° 199), cioè:

Se i genitori ed i fratelli o sorelle del figlio naturale morto senza prole, quando succedano al figlio medesimo, in conformità degli art. 765 e 766—680 e 681, vanno sottoposti all'obbligo di osservare le formalità comandate dagli art. 769 e *seg.*—685, sotto la sanzione stabilita, come bentosto ravviseremo, dall'art. 772—688.

Tre opinioni sono state messe in campo:

A. A noma della prima opinione i genitori ed i fratelli o sorelle del figlio naturale, morto senza prole, non andrebbero sottoposti ad alcuna delle formalità imposte dagli art. 769 e seg.: dunque non solo andrebbero immuni dal far procedere ad affissi e pubblicazioni e dal dare cauzione; ma non abbisognerebbero neppur di farsi immettere in possesso per opera del magistrato; e potrebbero di privata autorità impossessarsi de'beni ereditari

Taluni han sostenuto cotesta tesi, affer-

mando che cotesti successori, e soprattutto i genitori naturali, non sono successori irregolari, ma veri eredi godenti il possesso legale (confr. gli autori delle *Pandette francesi*, t. III, p. 125; *ved.* pure Delvincourt, t. II, p. 23, nota 5).—Ma tal mezzo è ad evidenza impossibile; avvegnachè non potrassi giammai ammettere che una successione poggiata sul mero vincolo del sangue sia una successione *regolare* e formi un vero *erede legittimo* nel significato tecnico di tale espressione. Laonde nel capitolo *delle Successioni irregolari* rinvengonsi gli art. 765 e 766, i quali chiamano tal classe di successori(*sopra*, n. 166).

Altri han desunto, a pro di questa prima opinione, mezzi, è da convenirne, molto più ponderosi, sia dagli stessi testi della legge, sia da'suoi motivi; ed han ragionato nel seguente modo:

1° Nessuno articolo del Codice impone ai genitori, nè a' fratelli o sorelle del figlio naturale l'obbligo di osservare le formalità della immissione in possesso: possonsi di fatti osservare gli art. 724, 769 e seg.—715, 685 e seg., i soli in cui trattasi della immissione in possesso da dimandarsi e da'successori irregolari: or tutti questi articoli si applicano unicamente a' figli naturali, al conjugo superstite ed allo Stato: ciò è tanto più significante in quanto che un articolo speciale, l'articolo 773, è stato scritto per dichiarare tutte queste disposizioni comuni a'figli naturali, chiamati in mancanza di parenti: or il legislatore vi avrebbe pure compreso indubitatamente i genitori ed i fratelli e sorelle del figlio naturale, se avesse voluto che tali disposizioni fossero loro similmente applicabili: dunque il suo silenzio, a loro riguardo, dimostra avere inteso per contrario che tal classe di successori non dovesse andar sottoposta alla osservanza di alcuna di tali formalità.

2° Non solo non rinviensi qui alcun testo di legge, si afferma, ma i motivi su cui poggiano le formalità della immissione in possesso svaniscono pure quasi compiutamente.

Di fatti coteste formalità hanno per iscopo di garentire i diritti degli eredi legittimi che dappoi si presentassero; val dire che le formalità stesse suppongono di necessità che il *de cujus* fosse nato da legittimo matrimonio, che appartenesse ad una famiglia, e che può aver lasciato, ipotesi la più ordinaria, eredi dell'uno o dell'altro dei tre ordini, discendenti, o ascendenti, o collaterali sino al dodicesimo grado;

Or, tutto l'opposto, il figliuolo naturale non appartenendo, di sua nascita, ad alcuna famiglia, può aver lasciato per eredi soltanto figliuoli: e non è menomamente possibile supporre che la esistenza dei suoi figli, se ne avesse lasciato, sia ignota, nè che essi medesimi ignorano la morte del loro autore;

Dunque, in tal caso, non incontravansi gravi motivi di sommettere alle procardiche e dispendiose formalità della immissione in possesso i genitori ed i fratelli o sorelle, i quali pretendono la eredità di un figlio naturale trapassato.

3° Il vero si è che allora queste formalità, se venissero richieste, nol sarebbero nello interesse degli eredi legittimi (dappoichè, se vi fossero figli; i soli possibili eredi, in tal caso, non lo ignorerebbero): esse avrebbero l'unico oggetto di garentire i diritti dei successori irregolari preferibili o eguali in titolo, i quali potessero dappoi presentarsi.

Or, non iscorgesi per qual motivo i successori irregolari noti i quali si presentino andrebbero sottoposti, nello interesse dei successori irregolari ignoti, a provvedimenti di precauzione che la legge non impone ai parenti legittimi, i quali s'impossessano della eredità, nello interesse dei parenti ignoti, eguali o più prossimi, che potrebbero dappoi presentarsi (confr. il nostro t. II, *dell'Assenza*, n. 243; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 542-543; Moulon, *Repitiz. scrit*, t. II, p. 89, il quale invoca in tal senso la opinione di Valette).

B. A norma di una seconda opinione, per contrario, i genitori ed i fratelli o sorelle del figlio naturale sarebbero in obbligo di farsi immettere in possesso del magistrato; ma non dovrebbero venire sottoposti all'obbligo dell'apposizione dei suggelli, nè dello inventario, nè delle pubblicazioni ed affissi, nè della cauzione (confr. Chabot, art. 765, n. 4; Loiseau, *Appendice*, p. 84; Malpel, n. 184; Vazeille, art. 765, n. 9, Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 545; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 439-440.)

C. Da ultimo la terza opinione, la quale ci parrebbe meglio fondata, consiste nel sostenere che per massima gli art. 769 a 772 — 685 a 688 sono applicabili ai genitori, od ai fratelli o sorelle del figlio naturale:

1° E primieramente, che sieno tenuti di farsi immettere in possesso dal magistrato, in quanto a noi avvisiamo, coi propugnatori della seconda opinione, previsamente così:

Da un lato, a norma dell'art. 724—645, i soli eredi legittimi sono impossessati di pieno diritto; e d'altro lato uno dei motivi dell' obbligo della immissione in possesso, pei successori irregolari, particolarmente pei parenti naturali, è la necessità di verificare il titolo della loro chiamata, e comprovare nella loro persona *tale stato*, il quale non ha mai la stessa notorietà nè la stessa evidenza di quello risultante dalla parentela legittima: or tal motivo sussiste in tutto il suo rigore, pei genitori, e segnatamente pei fratelli e sorelle naturali !

Si è obbiettato che non evvi connessità necessaria fra la privazione del possesso ereditario e l'obbligo di dimandare la immissione in possesso, e che quindi dal non avere i genitori ed i fratelli o sorelle naturali il possesso non puossi inferire esser tenuti a dimandare la immissione in possesso. — Per contrario avvisiamo che questa necessità, qui disconosciuta, constituisce precisamente il sistema del nostro Codice; e la pruova virtualmente ne discende dall'art. 724, il quale, dopo aver attribuito il possesso ai soli eredi legittimi, ne desume; mercè antitesi e necessaria conseguenza, che i figli naturali, il conjoge superstite e lo Stato, i quali non hanno il possesso, e ad evidenza per non averlo, debbono farsi immettere in possesso (*ved.* il t. l, n. 141).

2° Ed ora, se i genitori ed i fratelli o sorelle del figlio naturale debbono farsi immettere in possesso dal magistrato il motivo si è esser loro applicabile l'art. 770—686; avvegnachè appunto l'art. 770 impone tale obbligo a' successori irregolari; e se l'art. 770 è loro applicabile, gli art. 769, 771 e 772 sono loro applicabili del pari per la medesima ragione; avvegnachè tutti i predetti articoli, 769 a 772—685 a 688, si coordinano e legano scambevolmente; formano un complesso di disposizioni inseparabili e constituenti precisamente il modo e le condizioni di tale immissione in possesso, che si conviene doversi dimandare da questa classe di successori.

Finalmente obbiettasi che nalladimeno gli articoli in esame non parlano di essi!—È ben vero; ma di questo silenzio evvi una semplicissima spiegazione, la quale non implica menomamente, da parte del legislatore, la volontà di esonerarli da tali formalità: cioè che in tutta questa sezione (art. 767-773—683), il legislatore sembra avere totalmente perduto di mira i genitori ed i fratelli o sorelle del figlio naturale morto senza prole, da lui chiamati con gli art. 765 a 766: quindi l'art. 767 dichiara che, quando il defunto non lasci parenti in grado di succedere, *nè figli naturali*, la eredità devolvesi al conjuge superstite: or abbiamo osservato che i genitori ed i fratelli o sorelle del defunto, quando costui fosse un figlio naturale, preferisconsi pure al conjuge superstite, comunque l' artic. 767 non abbia fermato tal presenza: ebbene! come il suo silenzio a loro riguardo, nell' art. 767, non ci osta al mantenere la loro chiamata preferibile a quella del conjuge, così del pari il silenzio medesimo, negli art. 769 e seg., non debbe ostarci di applicar loro altresì disposizioni le quali, nello intendimento del legislatore, sono al certo applicabili a tutti i successori irregolari non impossessati.

Questa conclusione ci sembra la migliore: ciò che potrebbesi dire soltanto (e siamo pienamente inclinati a cotesta concessione), si è competere al tribunale lo esaminare se vi fosse luogo, in una determinata specie, avuto riguardo alle circostanze, di esimere, con sentenza motivata, i genitori o i fratelli e sorelle del figlio naturale dalle spese di pubblicazioni ed altri provvedimenti, la cui inutilità troverebbesi in fatti, sin da ora, dimostrata; come se, per esempio, si trattasse della eredità di un figlio naturale trapassato impubere, ed il quale non potrebbe conseguentemente lasciare alcun figlio o legatario: di fatti allora sarebbe certo, se tale eredità venisse dimandata dai suoi genitori, non poter esistere alcun altro avente dritto preferibile (confr. Pigeau, *Proc. civ.*, t. II, p. 642; Marcadé, art. 773; Demante, t. III, n. 89 bis, I; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 400).

§ II,

Qual è lo effetto sia della osservanza, sia della inosservanza delle condizioni e delle formalità della immissione in possesso?

SOMMARIO.

233.—Esposizione

234.—Divisione.

235.—A. Del caso in cui le formalità e le condizione della immissione in possesso siensi osservate: 1°. Il successore irregolare evinto ha forse diritto di conservare i frutti? ovvero è tenuto a restituirli?

236 —Continuazione.

237.—2°. Il successore irregolare immesso in possesso debbe forse a chi lo evinca un indennizzamento per le deteriorazioni ed i danni che avesse potuto cagionare ai beni ereditarii?

233. — Se il successore irregolare, il quale possiede la eredità, non venga evinto, totalmente nè parzialmente, da altri successori preferibili o eguali in dritto, nulla incontrasi di più semplice : esso rimane proprietario ; e tutto ciò che abbia operato sta bene, sia che abbia esattamente osservato le formalità e le condizioni della immissione in possesso, sia che non le abbia osservate.

234. — La tesi, che ci facciamo qui a disaminare su lo effetto della osservanza o inosservanza di queste formalità, sorge quando altri aventi dritto dimandino la eredità, totalmente o parzialmente, avverso il successore irregolare che la possegga.

E la importanza di cotesta tesi può sorgere soprattutto in tre principali quistioni :

1° Il successore irregolare forse fa suoi i frutti ? ovvero è tenuto restituirli?

2° Debbe forse un indennizzamento per le deteriorazioni ed i danni che avesse potuto cagionare ai beni ereditari ?

3° Gli atti qualsivogliano che avesse potuto conchiudere con persone terze debbono venir dichiarati validi o nulli !

Dobbiamo disaminare tali quistioni successivamente in ciascuna delle due ipotesi :

A. Della osservanza delle formalità della immissione in possesso;

B. Della inosservanza di queste formalità.

335. — A. Le formalità e le condizioni della immissione in possesso sonosi osservate.

Ed intanto una petizione di eredità vittoriosa evince, totalmente o parzialmente, il successore irregolare immesso in possesso.

Scendiamo alla successiva disamina delle tre surriferite quistioni.

1° Ha forse dritto di ritenere i frutti ? ovvero è tenuto restituirli ?

Si è suggerita una distinzione, e si è sostenuto:

I frutti maturati o percepiti durante il triennio sussecutivo alla immissione in possesso, debbe restituirli, essendo, in tale intervallo, un semplice amministratore della eredità (arg. dall' art. 771— 687).

Ma per contrario fa suoi i frutti a cominciare dal trascorrimento del triennio predetto (Maleville su l'art. 771; confr. pure Demante, t. III, n. 89 *bis*, VII.)

Per l' opposto avvisiamo doversi reputare indubitato avere il successore irregolare diritto di ritenere tutti i frutti, non solo dopo la sua immissione in possesso, ma eziandio dopo l' apertura della successione, alla quale epoca risale lo effetto retroattivo della immissione in possesso ordinata a suo pro :

1° A norma dell' art. 138—244, finchè lo assente non si presenterà, o le azioni a lui competenti non saranno promosse in suo nome, coloro i quali avranno conseguito la eredità, lucreranno i frutti da essi percepiti di buona fede: or tal è perfettamente la situa-

zione del successore irregolare nella ipotesi in esame; dunque debbe lucrare i frutti, tanto più che possiede non solo in forza di una chiamata legale presunta, ma in forza di un giudicato: *juste possidet qui auctore praetore possidet* (L. 2.ff. *de adquir. vel amit. posses.*, art. 550—475).

2° Obbiettasi essere, nel corso del triennio susseguente alla immissione in possesso, un semplice amministratore.

Ma protestiamo assolutamente avverso tal distinzione di epoche, tendente ad assimigliare la ipotesi in esame al sistema della immissione in possesso provvisorio in materia di assenza. Qui nulla di simigliante si ravvisa: la immissione in possesso ottenuta dal successore irregolare era diffinitiva (*supra*, n. 214); e doveva esserlo; dappoichè colui il quale l'avesse ottenuta in mancanza di altro successore andava considerato come successore preferibile, e conseguentemente come proprietario della eredità! Le garentie di restituzione a lui imposte, pel caso in cui si presentassero altri successori, siffatte garentie eventuali e conservatorie non isnaturano menomamente il suo diritto; e non impediscono doversi risguardare qual successore, val dire qual proprietario sin dal giorno della apertura della successione. La pruova particolarmente rispetto alla cauzione, che tal provvedimento non debba ostare al successore irregolare di ritenere i frutti, si è precisamente non essere il fidejussore risponsabile della restituzione dei frutti medesimi (*supra* n. 225). Come l la legge attribuisce una porzione notabilissima dei frutti allo immesso in possesso provvisorio dei beni dell'assente, mentre è un semplice amministratore (articolo 125, 127, 128—131, 133, 135); e si vorrebbe che il successore irregolare, il quale abbia posseduto a titolo di proprietario, fosse tenuto alla integrale restituzione di tutti i frutti! è mestieri dosumerne la conseguenza affatto opposta; e di fatti conchiudiamo aver diritto a ritenere tutti i frutti *a die mortis*, sino alla dimanda di petizione di eredità (confr. decis. C. di Parigi 1° giugno 1837, Giury; arresti C. cass. 7 giugno 1837, P...; 2 feb. 1844, Didier, *Rac. alfab.* v. *Succes.* n. 416, 419; decis. C. di Parigi 13 aprile 1848, Lapierre, D. 1848-2-114; 17 genn. 1854, Ardisson, D. 1854-2-69; Delvincourt, t. II, p. 23, nota 3; Toullier e Duvergier, t. II, n. 342, nota *a*; Chabot, art. 773, n. 6; Bertin, *Camera del Consiglio*, t. II, n. 1178; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 535).

236. — Per altro supponiamo in tutto ciò che il successore irregolare, immesso in possesso, sia di fatti di buona fede, cioè ignorava la esistenza di successori preferibili o eguali in diritto.

Imperocchè è da riflettere che la osservanza di tutte le formalità e condizioni della immissione in possesso non gl' impedirebbe di venir considerato come possessore di mala fede, ed esser trattato come tale circa la restituzione dei frutti e tutto il rimanente, se avesse conosciuto la esistenza di successori preferibili o eguali in diritto, e soprattutto se avesse saputo che il non presentarsi tali successori proveniva dallo ignorare essi medesimi l'apertura della successione e la loro personale chiamata (confr. Zachariae Aubry e Rau, t. IV, p. 535).

237. — 2° Il successore irregolare immesso in possesso debbe forse a chi lo evince un indennizzamento per lo deteriorazioni o i danni che avesse potuto cagionare ai beni ereditarii?

Ha demolito abitazione; ha reciso alberi di alto fusto: ha negletto di fare riparazioni necessarie o interrompere prescrizioni, ec.

Su questa seconda quistione, noi medesimi adotteremo la distinzione che abbiamo oppugnato su la prima, e sosterremo:

Il successore irregolare è risponsabile delle deteriorazioni e delle colpe da lui commesse sui beni ereditarii, se la petizione di eredità venga formata contro di esso nel triennio susseguente alla immissione in possesso.

Per contrario non ne è risponsabile, qualora venga evinto dopo il decorso del triennio suddetto.

Ma forse esclamerassi esser questa una contraddizione! (confr. Chabot, art. 773, n. 6).

Non avvisiamo così:

Il successore, irregolare, cui venne accordata la immissione in possesso, andava considerato come proprietario: abbiamo testè fermato cotesta proposizione; e non la ritrattiamo; anzi tutto l'opposto! il ripetiamo, egli aveva la proprietà.

Ma non pertanto tal proprietà poteva non essere incommutabile; e la stessa legge avvertiva il successore irregolare trovarsi esposto allo evento della evizione che, entro il triennio dalla immissione in possesso, pareva alquanto grave per dover essere obbligato di

astenersi da ogni atto di disposizione dei beni ereditari.

È questa la vera situazione sotto il suo verace aspetto.

Or ben si comprende che tal situazione non si oppone allo acquisto dei frutti da parte del successore irregolare, e per contrario si oppone al potersi impunemente deteriorare i beni ereditarii.

Dunque i frutti possonsi da lui ritenere! ed ha potuto diaporre: in ciò non merita censura (*ved.* il nostro tomo II, n. 120, ed il nostro tomo IX, n. 592), ed il male al postutto non è grave pel rivendicante, il quale trovasi in mora!

Ma il fondo, la sostanza, oh! è ben altro! e non evvi alcuna contraddizione nello ammettere che la legge, accordando i frutti, ha voluto che nel corso di questo triennio, in cui lo evento della evizione è più da temere, il successore irregolare si astenesse da ogni atto il quale potesse colpire il fondo medesimo (confr. pure gli art. 2175 e 2176—2069 e 2070). La cauzione richiesta durante il triennio per garentire la restituzione dei mobili, dimostra che il successore irregolare non potrebbe distruggerli nè deteriorarli impunemente: come mai potrebbe poi distruggere e deteriorare impunemente gl' immobili!

Tale ci sembra essere la regola.

Altronde ben si comprende competere ai magistrati lo applicarla con discernimento ed equità avuto riguardo a tutte le circostanze del fatto, circa la valutazione della colpa commessa; e del *quantum* dei danni-interessi (confr. Demante, t. III, n. 89 *bis*, VII).

238. — Relativamente alle spese necessarie o utili, che il successore irregolare avesse potuto fare, dovrebbero stabilirsi fra il rivendicante e lui, secondo i principii del diritto comune in materia di petizione di eredità (*ved.* il nostro tomo II, *dell' Assenza*, n. 214 e seg.

239. — Gli atti che il successore irregolare immesso in possesso avesse fatti con persone terze, relativamente ai beni ereditarii, debbono venir dichiarati validi o nulli dopo avvenuta la petizione di eredità? Sono forse obbligatorii pel rivendicante?

Circa gli atti di amministrazione, i pagamenti fatti o ricevuti, le locazioni, ec. sembra generalmente ammettersi doversi mantenere; e, in quanto a noi, avvisiamo precisamente così. Altronde abbiamo somministrato, su tal proposizione, pruove cui ci basta qui rimetterci (*ved.* il nostro tomo II, *dell' Assenza*, n. 235 e seg.; ed il tomo I di questo trattato, n. 312).

240. — Converrebbe al certo altresì mantenere le alienazioni di mobili corporali; fatte dal successore irregolare a pro di terzi compratori di buona fede: tanto impone la massima in fatto di mobili il possesso vale per titolo (art. 2279 e 1141—2185 e 1095).

241. — Da ultimo avvisiamo esservi luogo altresì certamente a dichiarar nulle le donazioni d' immobili consentite dal successore irregolare (*Ved.* su questo punto il nostro tomo II, n. 251; confr. nondimeno in senso opposto Taulier, t. III, p. 218).

242. — Ma la quistione davvero di malagevole soluzione consiste nel conoscere se le alienazioni a titolo oneroso degl' immobili ereditarii, consentite dal successore irregolare immesso in possesso, debbano venir dichiarate valide o nulle.

Tre sistemi vengono messi in campo.

A. Il primo insegna che tali alienazioni debbono sempre venir dichiarate nulle, non solo quando abbiano avuto luogo prima del trascorrimento del termine di tre anni, stabilito con l'art. 771, ma eziandio quando abbiano avuto luogo dopo il trascorrimento di questo termine.

Tal dottrina è dapprima seguitata da tutti i propugnatori, per tesi generale, della nullità delle vendite d'immobili consentite dall'erede apparente (Toullier, t. II, n. 277, 278 e 304; Duranton, t. VI, n. 358; Taulier, t III, p. 211 e seg. *ved.* altronde il nostro t. II, *dell'Assenza*, n. 244.)

Ma essa viene pure insegnata da altri giureconsulti i quali, dichiarando valide le vendite consentite dall' erede apparente, dichiarano nullo per contrario le vendite consentite dal successore irregolare immesso in possesso.

E poggiasi tal differenza su la circostanza che il successore irregolare avrebbe, fino a quando la petizione di eredità contro di lui non si prescrivesse, un diritto in certa guisa precario e provvisorio: invocasi, in tal senso, una circolare diretta dall'amministrazione dei demanii ai suoi impiegati nel 10 pratile anno VI, ed in cui di fatti leggesi che:

« Il diritto di succedere in mancanza di eredi non constituisce, prima della prescrizione legale, la repubblica proprietaria incommutabile dei beni da essa acquistati a questo titolo. Sino a quando non si acquisti

tal prescrizione, la *repubblica ha non proprietà vacillante ed incerta, di cui ha indubitatamente diritto di godere, ma non di disporre...* »

E lo stesso principio rinviensi riprodotto in una decisione del ministro delle finanze, in forma d'instruzione, del 13 aprile 1832, la quale similmente dichiara:

«... Che, sino al trascorrimento del trentennio, trovandosi imperfetta la proprietà, *lo Stato può godere di tali beni, ma non disporne irrevocabilmente.* » (Dev., 1813, II, 361).

E di qui cotesto primo sistema conchiude che le alienazioni d'immobili consentite dal successore irregolare nel corso del trentennio susseguente alla immissione in possesso, debbano venir dichiarate nulle, quando sia evinto (confr. Chabot, art. 773, n. 5; Vazeille, art. 772, n. 4; Malpel, n. 327.)

B. Per contrario, a norma del secondo sistema, le alienazioni debbono sempre mantenersi, non solo quando siensi consentite dopo trascorso il termine di tre anni stabilito dall'art. 771, ma eziandio quando siensi consentite prima del trascorrimento del termine medesimo:

L'obbligo eventuale, in forza di cui il successore irregolare, immesso in possesso della eredità, è tenuto di restituirla agli eredi o altri successori irregolari di grado preferibile al suo, si sostiene non soggiacere a veruna modificazione pel trascorrimento del suddetto termine: l'obbligo medesimo non è più ristretto nè più ampio sì durante tal termine che dopo; epperò non evvi motivo di far dipendere la efficacia o inefficacia delle alienazioni immobiliari consentite dal successore irregolare da una circostanza di tempo, estranea alla quistione sotto tutti i rapporti (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 539, nota 30; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 773, *Osserv.* 4).

C. Da ultimo il terzo sistema, che, in quanto a noi, crediamo dover proporre, distingue le alienazioni d'immobili consentite prima di decorrere il termine di tre anni stabilito dall'art. 771 da quelle consentite dopo trascorso il termine medesimo.

Esso dichiara nulle le prime e valide le seconde:

1° E primieramente avvisiamo doversi dichiarar nulle le prime; dappoichè se è vero essere il successore irregolare proprietario *a die mortis,* è del pari indubitato avere il legislatore considerato da un lato che il successore medesimo andasse, più di ogni altro, esposto ad evizioni, e d'altro lato, che tali evizioni dovessero soprattutto temersi nel corso del triennio susseguente la immissione in possesso. È questa la ragione per cui gli ha imposto una cauzione per la restituzione dei mobili; e se non ha richiesto alcuna garentia di restituzione per gl'immobili medesimi non potessero sottrarsi, mercè alienazione fatta durante il triennio stesso, alle conseguenze della petizione di eredità.

Altronde abbiamo, in quanto a noi, impreso a dimostrare la validità delle vendite consentite dall'erede apparente, sostenendo l'erede medesimo reputavasi aver ricevuto dalla legge il mandato più ampio di amministrare, *cum libera,* il patrimonio della eredità (*ved.* il nostro t. II, n. 249-250): or, ben lungi dal poter essere supposto il mandato stesso, in persona del successore irregolare, durante il triennio susseguente alla immissione in possesso, è manifesto per contrario che la legge richiede conservarsi da lui il fondo e la sostanza dei beni ereditarii.

Da ultimo aggiugniamo che i terzi compratori han dovuto conoscere tal situazione, e che, comprando da un successore irregolare, prima di decorrere tal termine di tre anni, sonosi volontariamente esposti al rischio di evizione, cui lo stesso loro autore andava esposto (confr. *supra,* n. 237: Maleville, art. 773; Delvincourt, t. II, p. 23, nota 3; Demante, t. III, n. 89 *bis* VI; D. *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 483).

Se si dovessero, nello interesse medesimo del patrimonio ereditario, per fare, a cagion di esempio, grandi riparazioni o per estinguere debiti, vendere beni ereditarii, converrebbe adunque, per potersi lo vendite opporre allo attore per petizione di eredità, che il successore irregolare si uniformasse alle regole stabilite per le vendite fatte dagli eredi beneficiati, o dai curatori alle eredità giacenti (Arg. dagli art. 769, 790, 805, 806, 814—685, 707, 723 e 724).

Per contrario avvisiamo esser valide le alienazioni d'immobili consentite dal successore irregolare, dopo il trascorrimento del termine di tre anni indicato dall' art. 771; dappoichè, trascorso il termine medesimo, il successore irregolare trovasi, a parer nostro perfettamente nella stessa posizione dell'erede apparente, il quale siasi impossessato della eredità, in caso di assenza dello erede più prossimo.

Indarno si è preteso che il successore irregolare era, durante il trentennio, in cui compete contro di lui la petizione di eredità, una specie di amministratore! Nulla è più mal fondato (*supra*, n. 235); nè le circolari dell'amministrazione dei demanii, nè le instruzioni ministeriali su riferite potrebbero prevalere qui alla evidenza del principio, a norma di cui il successore irregolare rimane proprietario, finchè non siavi successore preferibile. L'amministrazione dei demanii ha potuto imporre, in tali congiunture, ai suoi impiegati, taluni provvedimenti prudenziali; ma i principii enunciati da essa non sono ad evidenza ammissibili; or è noto che queste specie di circolari ed instruzioni non potrebbero alterare i diritti provegnenti ai terzi dalla stessa legge, e che non sono obbligatorie pei magistrati (confr. Demante, *loc. supra cit.*; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 403; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 442.)

243. — Ci sembra logico ed equo che il successore irregolare il quale, dopo essere stato immesso in possesso, venga evinto, totalmente o parzialmente, da successori preferibili o egoali in diritto, sia indennizzato da costoro delle spese occorse per le diverse formalità della immissione in possesso; dappoichè tali spese, in ultima analisi, hanno avuto luogo nello interesse dei rivendicanti (arg. dall'art. 126—132; *ved.* il nostro t. II, *dell'Assenza*, n. 99, decis. C. di Parigi 17 gen. 1851, Ardisson, D. 1851, II, 69; 11 luglio 1851 Stolze, D. 1855, II, 144).

Ma sarebbe eccedere ogni limite lo attribuire al successore irregolare un salario qualsivoglia e spese di amministrazione; avvegnachè egli ha agito come *negotiorum gestor*: egli ha amministrato nel proprio interesse: altronde se è di buona fede, conserva i frutti; ed avrebbe ancor meno diritto ad indennizzamento, se fosse di mala fede (confr. i su riferiti giudicati, e D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 422).

244. — Supponghasi ora che le formalità e le condizioni imposte per la immissione in possesso non siensi osservate (*supra*, numero 234).

L'articolo 772—688 esprimesi, su tale seconda ipotesi, nel seguente modo:

« Il conjuge superstite e l'amministrazione » del demanio che non avesse adempito alle » formalità loro rispettivamente ingiunte, » potranno essere condannati al risarcimento dei danni ed interessi verso gli eredi, » qualora se ne presentino ».

E l'art. 773 rende, come abbiamo già avvertito, tal disposizione comune ai figli naturali chiamati in mancanza di parenti (*supra*, n. 199).

245. — Abbiamo altresì esposto innanzi (n. 244) i motivi che ci inducono a divisare esser mestieri comprendere sotto la denominazione di *eredi*, adoperata dall'art. 772 e dal precedente articolo, tutti i successori qualsivogliano, sia irregolari, sia testamentarii, i quali avessero diritto di ottenere la restituzione dei beni.

246. — La sanzione, ondo il legislatore garentisce la esecuzione dei provvedimenti da lui imposti, consiste in una condanna a ristoro di danni-interessi, in caso d'inadempimento di tali provvedimenti in tutto o in parte.

Altrondo tal sanzione è la consegnenza del sommo principio ogni fatto dell'uomo, che arreghi danno altrui obbliga a riferirlo colui per colpa o negligenza del quale è avvenuto (art. 1382-1383—1336-1337).

Osserviamo che l'art. 772 dispone che il conjuge superstite e gli altri *potranno essere condannati al risarcimento dei danni ed interessi*.

L'articolo non dichiara che *dovranno* esser condannati.

È forse mestieri conchioderne concedore ai magistrati una libertà di valutazione prudenziale su tal punto?

Sì, trattandosi effettivamente di esaminare se alcun danno siasi arrecato a' reclamanti;

No, trattandosi di comandare il risarcimento del danno comprovato e valutato.

Tale ci sembra essere il vero senso del verbo *potranno*, il quale si riferisce alla quistione se la inosservanza della formalità abbia arrecato documento, e non alla quistione se il nocumento cagionato debbasi risarcire (articolo 1382-1383 surriferito, confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, tom. IV, pag. 538, nota 29).

247. — Ciò premesso, dobbiamo esaminare qual danno possa essersi arrecato a'reclamenti in caso di omissione:

Sia dell'apposizione dei suggelli e dell'inventario;

Sia della prestazione della cauzione o dell'impiego;

Sia degli affissi e della sentenza d'immissione in possesso.

248. — E primieramente, se il successore irregolare, oggi evinto, abbia preso possesso dei beni senza apposizione di suggelli nè inventario, i reclamanti potranno al certo, a prescindere dal dritto che potrebbero avere di dimandare il ristoro dei danni-interessi, esser ammessi, come il legislatore permette nei casi analoghi, a dimostrare la consistenza dei beni per tutti i possibili mezzi, val dire mercè titoli, testimoni ed eziandio per pubblica fama (arg. dagli art. 1415, 1442, 1504—1406); e ben si comprende a spese del successore irregolare, per colpa del quale tal modo di pruova sarebbe divenuto necessario.

Ed inoltre potranno dimandare il ristoro dei danni-interessi nel caso in cui tutti i beni, dei quali siasi impossessato il successore irregolare, non si fossero rinvenuti, per la perdita da essi sofferta; ed eziandio secondo le circostanze, nel caso in cui tutt' i beni si fossero rinvenuti, per lo difficoltà e per gl'indugi del ricuperamento emersi in loro detrimento benanche allora.

249.—Se il successore irregolare non abbia dato cauzione e non abbia impiegato i mobili, non potrebbesi forse ragionar così:

O lo stesso successore irregolare, obbligato personalmente alla restituzione, sarà solvibile; ed allora il reclamante non soggiacerà a veruu danno per effetto della mancanza di cauzione od impiego; e conseguentemente non avrà dritto a ristoro di danni-interessi;

O il successore irregolare sarà insolvibile; ma allora a che mai servirebbe, nell'interesse del reclamante, una condanna a danni-interessi contro di lui?

E da cotesto dilemma emergerebbe l'articolo 772 non tornare di veruna applicazione effettivamente efficace ed utile in caso di mancanza di cauzione o impiego.

Non pertanto tal conclusione sarebbe troppo assoluta; ed eziandio in tal caso i reclamanti potranno dimandare il ristoro dei danni-interessi, atteso le difficoltà e gl'indugi di ricuperamento da essi sofferti, anche quando da ultimo giugnessero a ricuperare la totalità dei beni contra il successore irregolare; e finalmente pel caso di attuale insolvibilità di costui, una condanna a ristoro dei danni-interessi constituirebbe sempre, a loro pro, un credito suscettivo forse di riscuotersi in avvenire, se il successore irregolare tornasse a miglior fortuna (confr. Demante, t. III, n. 90 *bis*, II).

250. — Segnatamente quando il successore irregolare si sarà immesso, di privata autorità, in possesso dei beni, quando non vi saranno stati affissi, nè pubblicazioni, la quistione del ristoro dei danni-interessi potrà divenire importante, pel danno che potrà emergere, pei reclamanti, dalla ignoranza in cui la mancanza di pubblicità gli avesse lasciati, durante un tempo più o men lungo, dell'apertura della successione.

E qui disamineremo pure, in questa novella ipotesi, le tre quistioni da noi testè fermate (*supra*, n. 235), relativamente:

1°. Alla restituzione dei frutti;

2°. A'deterioramenti ed alle colpe commesse sui beni ereditarii;

3°. Agli atti stipulati dal successore irregolare coi terzi.

251. — 1°. E primieramente il successore irregolare immessosi, di privata autorità, in possesso dei beni ereditarii, è forse tenuto alla restituzione dei frutti?

L'affermativa viene generalmente insegnata; ed il motivo che se ne adduce si è che il successore irregolare, convenuto nella petizione di eredità, debbesi allora, dicesi, legalmente considerare qual possessore di mala fede (confr. Malleville, art. 771-772; Delvincourt, t. II, p. 23, nota 3; Toullier, tom. IV, n. 303; Mourlon, *Repet. scrit.*, t. II, p. 80; Chabot, art. 772, n. 3; Marcadè, art. 772; Poujol, p. 356-357; Vazeille, artic. 772; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 407.)

Ma, in quanto a noi, avvisiamo essere inesatto cotesto motivo:

1°. La buona fede del possessore della cosa altrui consiste nella credenza in cui il possessore medesimo debbe essere che la cosa da lui posseduta come proprietario gli appartiene di fatti legittimamente; ed egli è di mala fede sotto il punto di veduta in esame, quando sappia che la cosa da lui posseduta appartenga ad un altro: tal è il principio di questa materia (*ved.* il nostro tomo IX, *Trattato della distinzione dei beni e della proprietà*, n. 596);

Or la circostanza unica che il successore irregolare siasi immesso in possesso dei beni ereditarii senza osservare le formalità della immissione in possesso non implica ad evidenza la pruova che egli conoscesse la esistenza dei successori preferibili o eguali in dritto reclamanti oggidì: ha potuto tralasciare queste formalità, sia nel convincimento lealissimo in cui era per contrario di non esistervene alcuno, e ad oggetto soltanto di esimer-

si dalle spese che stimasse inutili, sia perchè ignorasse richiedersi dalla legge coteste formalità (*ved.* pure all' obbietto il nostro tomo IX, n. 609);

Dunque la inosservanza delle formalità della immissione in possesso. La parte del successore irregolare non basta per farlo considerare come possessore di mala fede, quando abbia ignorato il dritto dei reclamanti ; del pari che la osservanza di queste formalità non basterebbe per farlo considerare come possessore di buona fede, se venisse dimostrato per contrario averlo conosciuto (*supra* , numero 236).

2°. Laonde nessun testo deroga qui alla regola, a norma di cui la buona fede si presume sempre (*ved.* il nostro tomo IX, n. 615).

Indarno si è invocato l'art. 550 — 475 per sostenere che il successore irregolare , non avendo ottenuto sentenza d' immissione in possesso , non avesse *titolo*; dappoichè il suo titolo è innanzi tratto nella legge, la quale il chiama alla successione (articolo 711 — 632.)

Relativamente all' artic. 772 — 688 , dal quale si è pure argomentato , si limita a dichiarare che i successori irregolari dovranno esser condannati al ristoro dei danni-interessi , per risarcimento del danno che avranno arrecato ai reclamanti , val dire che esso si riferisce non agli articoli 549 e 550 — 474 e 475, ma agli artic. 1382 e 383 — 1336 e 310; e con sommo fondamento ; avvegnachè la mala fede è ben diversa dalla colpa della negligenza o dalla imprudenza ; e dallo aver commesso il successore irregolare una colpa col non osservare le formalità della immissione in possesso non sarebbe al certo logico nè equo inferire essere stato di necessità di mala fede per questa unica circostanza!

Ed ora dobbiamo mai statuire che il successore irregolare, il quale non avrà osservato le formalità della immissione , lucrerà sempre i frutti ? tal conclusione parrebbe, a primo aspetto , emergere dalla regola in esame; ed è stata di fatti così insegnata (confr. Belost-Jolimont sopra Chabot , art. 773, *Osserv.* 4).

Ma ciò sarebbe, in senso inverso, a creder nostro, troppo assoluto :

Che il successore irregolare non possa allora esser tenuto, come se fosse possessore di mala fede, alla restituzione dei frutti, è questa ineluttabile verità.

Ma, d' altro lato,siccome è tenuto riparare il nocumento che la inosservanza delle formalità imposte dalla legge avesse potuto cagionare al reclamante, così dovrà a costui la restituzione dei frutti, se di fatti. per effetto della inosservanza di queste formalità il reclamante non abbia più presto formato la sua dimanda.

. Laonde la mancanza d'inventario o di cauzione , o d' impiego , potrebbe non impedire al successore irregolare di lucrare i frutti, se altronde avesse fatto procedere a pubblicazioni ed affissi; dappoichè la mancanza d'inventario e di cauzione non ha potuto arrecare indugio alla dimanda dell' attore. nè impedirgli di avere più presto dritto ai frutti;

Mentre che per contrario la mancanza di pubblicità potrebbe divenire,contro il successore irregolare.la causa di una condanna alla restituzione dei frutti , non come possessore di mala fede , ma a titolo di danni-interessi (confr. arresto C. cass. 7 giugno 1837, Avril, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 416; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 303, nota *b*; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing,t. II , n. 550; Aubry e Rau sopra Zachariae , t. IV, p. 536-538; Demante, t. III, n. 90 *bis*, II).

252. — 2°. Gli stessi principii sarebbero applicabili , come le colpe e le deteriorazioni commesse sui beni ereditarii.

Il successore irregolare, il quale non avesse osservato le formalità imposte dalla legge, ne potrebbe essere, secondo i casi, dichiarato risponsabile , sia come possessore di mala fede , se venisse dimostrato aver conosciuto la esistenza de' reclamanti , e soprattutto non aver osservato le imposte formalità ad obbietto d' impedire che venissero avvertiti, sia soltanto a titolo di danni-interessi, se non venisse dimostrata la sua mala fede.

253. — 3°. Finalmente rimane a conoscere quale sarà la sorte degli atti stipulati con persone terze dal successore irregolare,il quale si fosse impossessato dei beni ereditarii di sua privata autorità.

Nessuno può trasmettere altrui dritti maggiori di quelli che abbia (artic. 2125 , 2182, ec. — 2011, 2076);

Or trovasi dimostrato, pel successo della incorsa evizione , che il successore irregolare non aveva alcun dritto;

Dunque non ha potuto esso trasmettere alcun dritto ad un altro.

È questo, come è noto, l'argomento oltremodo semplice e chiaro su cui poggia la tesi, onde viene insegnato che le alienazioni con-

sentite dall' erede apparente debbansi dichiarare nulle.

Per quali motivi i propugnatori dell' opposta tesi hanno impreso a sfuggire cotesto sillogismo?

Si è invocata generalmente, soprattutto la giurisprudenza ha invocato la buona fede dei terzi, la lor buona fede, si è affermato, invincibile, irrepugnabile; ma è manifesto non rinvenirsi qui siffatto motivo, dappoichè i terzi, per contrario, trattando con un successore irregolare il quale non aveva osservato le formalità imposte dalla legge, egliuo medesimi han commesso una colpa e sonosi quindi esposti alla evizione rifluente sopra di loro.

In quanto a noi, abbiamo invocato, a pro della validità degli atti consentiti dall' erede apparente, la esistenza di un mandato conferitogli di amministrare, *cum libera*, il patrimonio ereditario (*ved.* il nostro tomo II, *Trattato dell' assenza*, n. 249 e seg.) ma è manifesto non rinvenirsi del pari cotesto motivo; dappoichè il mandato medesimo può riceversi dai possessori irregolari mercè la immissione in possesso giudizialmente ordinata.

Dunque la conclusione sarebbe che tutti gli atti stipulati da essi con persone terze dovrebbero venir dichiarati nulli; ed eziandio questa conclusione colpirebbe non solo gli atti di alienazione, ma altresì gli atti di amministrazione, come, per esempio, la ricezione fatta dal successore irregolare del pagamento di un debito ereditario; dappoichè il debitore non potrebbe sostenere aver pagato a chi trovasi in possesso del credito (*ved.* art. 1240—1193).

In ultima analisi si potrebbero dichiarar validi quelli fra gli atti di semplice amministrazione, come locazioni ed altri simiglianti, riguardo a cui i terzi non sono generalmente in colpa di non approfondire il titolo di chi apparisce pubblicamente e senza molestia proprietario (confr. il nostro t. II, dell' *Assenza*, n. 237; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. IV, p. 538-540).

254. — Relativamente alla durata della petizione di eredità cui va sottoposto il successore irregolare, da parte degli altri successori preferibili o eguali in dritto, è dessa, come ben si comprende, di anni 30 (art. 137, 2262 — 143, 2169).

Già ravvisammo qual sia il punto da cui debbe principiare a computarsi il trentennio, quando il successore irregolare sia stato legalmente immesso in possesso (confr. il tomo I° di questo Trattato, n. 161.)

Se non siasi emessa alcuna sentenza d' immissione in possesso, e se il successore irregolare siasi, di privata autorità, impossessato dei beni ereditarii, allora la prescrizione decorre a suo pro dal giorno della sua immissione in possesso (confr. Duvergier sopra Toullier, tom. II, num. 345, nota *a*; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 532; D., *Rac. alfab.*, v. *Successione*, n. 419).

255. — Si è insegnato che la immissione in possesso della eredità da parte dei successori irregolari, senza formalità nè sentenza, aveva nulladimeno il triplice effetto:

1°. Di conferir loro il dritto di escludere gli eredi i quali, dopo aver rinunziato alla eredità, volessero, ritrattando la loro rinunzia, novellamente adire la eredità in loro detrimento (art. 790 — 707);

2°. Di sottrarre i figli naturali o il conjuge superstite alla decadenza che avesse fatto loro incorrere, riguardo allo Stato, la propria inazione durante il trentennio, a principiare dal dì dell' apertura della successione;

3°. Di sommetterli ai procedimenti de' creditori ereditarii.

I successori irregolari, dicesi, i quali acquistano di pieno dritto la proprietà dei beni ereditarii loro devoluti, hanno pure ad evidenza nel tempo stesso, come gli eredi legittimi, la facoltà di prescegliere fra l' accettazione o la rinunzia di tale eredità;

Or, con adire la eredità ed amministrare come successori universali del defunto, fanno atto di accettazione (arg. dall' artic. 778 — 695);

Dunque la eredità si acquista da loro, rispetto agli altri pretendenti dritto; dunque debbono pur soggiacere, riguardo ai creditori ereditarii, alle conseguenze della posizione formatasi da essi medesimi (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 534-533).

Non pertanto cotesta tesi non ci pare assolutamente esatta:

La regola si è che i successori irregolari non possono, di privata autorità, impossessarsi dei beni ereditarii, e debbono per contrario farsi immettere in possesso dal magistrato.

Siffatta regola trovasi fermata, in termini generali, dagli articoli in esame (724, 769 e seg. — 645, 685); anzi particolarmente nello interesse degli altri pretendenti dritto alla eredità rinviensi fermata; epperò il possesso, preso di privata autorità dai successori irre-

golari, constituisce al cospetto della legge un semplice fatto.

Conseguentemente: 1° Noi ne conchiudiamo che tale immissione in possesso non potrebbesi opporre come atto di accettazione all'erede il quale, dopo aver rinunziato, volesse recedere dalla sua rinunzia edaccettare la eredità (confr. il tomo I di questo Trattato, n. 156 a 162).

256. — 2°. A rigore forse converrebbe inferirne altresì che lo Stato potrebbe dimandare la eredità avverso il figlio naturale o il conjnge superstite, il quale avesse lasciato trascorrere il trentennio dopo l'apertura della successione, senza dimandare la immissione in possesso, anche quando di fatto si fossero impossessati della eredità (*ved.* il tomo I°, n. 156).

Non pertanto tal conclusione sarebbe, ne conveniamo, infinitamente dura; e potrebbesi allora sostenere che neppur lo Stato avendo dimandato la immissione in possesso nel trentennio dopo l'apertura della successione, esso medesimo non avrebbe più in avvenire qualità per dimandarla qual successore irregolare; che conseguentemente non potrebbe più dimandare i beni ereditarii se non come beni abbandonati e senza padrone; ed in simil caso sarebbe sommamente lecito non considerare come abbandonati tali beni, di cui il successore irregolare, figlio naturale o conjuge, è stato proprietario sin dal giorno dell'apertura della successione, e di cui ha manifestato lo intendimento di conservare la proprietà mercè lo impossessamento, comunque irregolare.

257. — 3°. Rispetto alla terza conseguenza, desunta dalla surriferita dottrina (*supra*, n. 255), la quale consiste nel sostenere che i successori irregolari essendosi impossessati, di privata autorità, dei beni ereditarii, eglino medesimi si sono sottoposti ai procedimenti dei creditori ereditarii, non vi ravvisiamo grave obbiezione; avvegnachè allora non trattasi, pei successori irregolari, come nei due casi precedenti, di formarsi un titolo, a loro pro, contra i terzi, della inosservanza delle formalità imposte dalla legge: per contrario trattasi di mantenere, contro di essi, a pro dei terzi, le conseguenze della propria infrazione e della posizione da essi medesimi formatasi.

258.—Del resto si è potuto osservare che, in tutto ciò che precede, non ci siamo occupati delle relazioni dei successori irregolari coi creditori dell'eredità.

Di fatti la legge, in tutto ciò che riguarda le formalità della immissione in possesso, cui ha sottoposto i successori irregolari, si è preoccupata dell'interesse degli altri pretendenti dritto all'eredità, i quali potessero dappoi presentarsi.

Circa l'obbligo dei successori irregolari di pagare i debiti ereditarii, non è qui da trattarsene; ed è questa la ragione per cui abbiamo divisato essere personalmente sottoposti all'obbligo medesimo, secondo il dritto comune, al pari di tutt' i successori *in universum jus*; diciamo personalmente, val dire *ultra vires*, e su tutti i loro beni, tranne quando abbiano accettato col beneficio dell'inventario (confr. il t. 1, n: 460; ed agg. Vazeille, art. 793, n. 9; Belost-Jolimont, sopra Chabot, art. 773, *Osserv.* 5).

Fra coloro i quali avvisano che i successori irregolari non sono tenuti *ultra vires*, alcuni insegnano non poter esser tenuti su'proprii beni, ma unicamente sui beni ereditarii (confr. Bressolles, *Rivista di legisl.*, t. XVI, p. 380); mentre altri per contrario conferiscono ai creditori ereditarii il dritto di convenirli in giudizio, sino alla debita concorrenza, eziandio sui loro beni personali, assimilando, in tal punto i successori irregolari alla vedova la quale, comunque tenuta dei debiti della comunione sino alla concorrenza dell' emolumento comprovato con l'inventario, può non pertanto, in tale ampiezza, esser convenuta in giudizio sui proprii beni (confr. Pothier, *della Comunione*, n. 74; Tambour, p. 184 a 444).

Ma nè anche ci fermiamo a questo ultimo temperamento; ed ammettendosi essere i successori irregolari tenuti personalmente, la conseguenza dev' esserne a parer nostro, trovarsi obbligati *ultra vires* su tutt' i loro beni.

—

CAPITOLO V.

DELL' ACCETTAZIONE E DELLA RINUNZIA ALLA EREDITA'

ESPOSIZIONE.

SOMMARIO.

259. — Passaggio.
259 *bis*. — Viene conferito all' erede un triplice mezzo, cioè l' accettazione pura e semplice, la rinunzia e l'accettazione col beneficio dell' inventario.
260. — Il capitolo dell' *Accettazione e della rinunzia della eredità* si applica specialmente ai successori regolari.
261. — Non è a dire lo stesso delle disposizioni relative al beneficio dell'inventario.
262. — Osservazione su la distribuzione delle materie di questo titolo in esame.
263. — Divisione.

259.— Abbiamo esposto tutto ciò che risguarda le chiamate ereditarie; e, nel punto in cui siamo, sappiamo quali sono i parenti chiamati dalla legge, secondo i diversi casi, a conseguire i beni di un defunto.

Ora trattasi determinare qual sia l'attitudine di tali parenti, in tempo dell'apertura della successione, ed esaminare i diversi determinamenti che possono prendere, del pari che le conseguenze di ciascuno di questi.

259 *bis*. — Primamente, all'obbietto, i testi statuiscono nel seguente modo:

Art. 774 — 694 : « L' eredità può essere « accettata puramente e semplicemente, o col « beneficio dell' inventario, »

Art. 775 — 692 : « Nessuno è tenuto ad « accettare un' eredità che gli sia devo« luta. »

Laonde tre vie vengono apprestate fra cui l' erede (per massima generale) può scegliere, talchè, a suo talento, può liberamente :

1°. Accettare puramente e semplicemente;

2°. Rinunziare ;

3°. Accettare col beneficio dello inventario.

Di qui traggono origine le tre prime sezioni di questo capitolo V.

Una quarta ed ultima sezione trovasi destinata alle eredità giacenti.

260. — Puossi dapprima osservare che il capitolo *dell' accettazione e della rinunzia alla eredità* applicasi specialmente agli eredi legittimi e non mai ai successori irregolari.

Non è già che i successori irregolari, i figli naturali e gli altri non possono del pari prescegliere l' accettazione o la rinunzia; e, in buona sostanza, è manifesto che gli art. 774 e 775 sono applicabili ad essi come ai successori regolari.

Ma la forma ed il modo dell'accettazione o della loro rinunzia non sono gli stessi

La forma legale dell' accettazione, pei successori irregolari, è la dimanda d'immissione in possesso.

E, circa la loro rinunzia, risulta sufficientemente dallo astenersi e dal proprio silenzio, comunque altronde nulla osti loro al dichiarar pure, sul registro della cancelleria, il proprio intendimento di rinunziare (articolo 784 — 701, (*ved*. il tomo I; num. 155 e seg.)

261. — Per contrario le disposizioni relative al beneficio dello inventario, alle sue condizioni ed ai suoi effetti sono generalmente comuni a tutti i successori universali, val dire a tutti coloro, chiunque si fossero, eredi legittimi, successori irregolari, legatarii universali o a titolo universale, i quali, per effetto del carattere della loro chiamata, trovansi sottoposti all'obbligo personale di estinguere *ultra vires* i debiti e pesi ereditarii.

È questa una proposizione da noi precedentemente fermata (t. 1, n. 80 e n. 160), e che ci riserbiamo dimostrare anche più specialmente nel trattare del beneficio dell' inventario.

262. — Dovremo successivamente occuparci:

Dell' accettazione pura e semplice;

Della rinunzia ;

Dell' accettazione col beneficio dell' Inventario.

Non pertanto evvi un determinato novero di regole generali predominanti cotesto intero subbietto, e le quali, avendo per iscopo di determinare preventivamente le disposizioni comuni a ciascuna delle tre determinazioni che l' erede possa prendere, debbono ad evidenza fermarsi innanzi tutto.

Gli autori del nostro Codice han fermato in varii luoghi, senza molto ordine, queste diverse regole: alcune nella sezione dell'*Accettazione* (art. 784-782 — 698-699); altre nella sezione della *Rinunzia* (art. 789, 791 — 706, 708); altre finalmente nella sezione del *Beneficio dell'inventario* (art. 795 ad 800 — 712 a 717.)

Ma cotesta ripartizione delle materie non è, conviene confessarlo, menomamente me-

todica; dappoichè, da un lato, quelle delle su riferite regole, separatamente fermate, sia nella sezione dell' *Accettazione*, sia nolla sezione della *Rinunzia*, sono in generale comuni simultaneamente all'accettazione ed alla rinunzia, *che sono*, dice Furgole, *due contrari*, *i quali debbono regolarsi dalle stesse regole* (*dei Testam*, cap. V, sez. 1, n. 88); e, d' altro lato, le diverse regole che gli articoli 795 ad 800 parrebbero applicare alla sola accettazione col beneficio dell' inventario si applicano per contrario indistintamente a ciascuno dei tre partiti l' erede può attenersi; dappoichè hanno per iscopo precisamente di porlo in grado di prescegliere, con cognizione di causa, quello frai tre partiti cui vorrà poscia appligliarsi.

263. — Tutto questo ordine di regole avrebbe dunque potuto, molto opportunamente, formare il subbietto di una prima sezione da intitolare *Disposizioni generali*.

In quanto a noi, ne faremo in tal guisa la disamina, a fine di sceverare le diverse specialità del nostro subbietto dalle generalità comuni a ciascuna di esse, e quindi ovviare al duplice periglio delle omissioni o delle ripetizioni.

SEZIONE I.

Delle regole comuni all'accettazione, sia pura e semplice, sia col beneficio dello inventario, ed alla rinunzia alla eredità.

SOMMARIO.

263 *bis*. — Divisione.

263 *bis*. — Coteste generalità riferisconsi principalmente ai tre punti seguenti :

1° Ai termini conceduti all' erede per distendere inventario e deliberare intorno alla accettazione o alla sua rinunzia;

2° All' epoca in cui possono farsi l' accettazione o la rinunzia;

3° Alle persone da cui possono farsi, ed alle varie modalità che si potrebbero volervi inserire.

—

§ 1.

Del termini conceduti all'erede per distendere inventario e deliberare circa l'accettazione o la sua rinunzia.

SOMMARIO.

264. — L' erede impossessato sin dal giorno dell' apertura della successione reputasi, da questo momento, il rappresentante del defunto.

265. — Nonpertanto la legge gli offre prescegliere fra tre diverse determinazioni.

266. — Ed è questa la ragione per cui l'erede gode il termine di tre mesi per distendere inventario e deliberare. — Origine di questo termine.

266 *bis*. — L'erede potrebbe forse compiere ovvero cominciare lo inventario, dopo trascorso il termine di tre mesi, se lo compisse prima di trascorrere i quaranta giorni conceduti per deliberare ?

267. — L' erede gode di questi termini di pieno diritto. — Conseguenze.

268. — Questi termini sono conceduti ad ogni erede. — Spiegazione e conseguenze.

269. — A computare da quale epoca decorrono i termini per distendere inventario e deliberare ?

270. — Continuazione.

271. — Se l'erede muoja prima di avere assunto qualità, di quali termini godranno i suoi eredi ?

272. — L'erede, il quale, prima di distendere inventario, avesse dichiarato in cancelleria accettare col beneficio dello inventario, potrebbe forse invocare nondimeno i termini per distendere inventario o deliberare ?

273. — I termini di tre mesi e quaranta giorni sono conceduti all'erede verso e contro tutti.

274. — Due principali quistioni rimangono a risolvere :

275. — A. Qual' è mai, nel corso de' termini per distendere inventario e deliberare, la posizione dell'erede riguardo alla eredità e nei suoi rapporti coi terzi interessati ? — Degli atti di amministrazione e di vigilanza provvisoria.

276. — Continuazione.

277. — Continuazione.

278. — Continuazione.

279. — L'erede non può essere astretto ad assumere qualità nel corso dei termini; ma può essere convenuto in giudizio, salvo ad esso il dedurre la eccezione dilatoria.

280. — La dimanda formata nel corso dei termini contro l' erede è regolare. — Conseguenze.

281. — I terzi interessati possono fare atti conservatorii nel corso dei termini di tre mesi e quaranta giorni. — La notificazione ingiunta dell'art. 877 può forse aver luogo duranti i termini medesimi ?

282. — *Quid* circa la dimanda di riconoscimento o verificazione di scrittura ?

283. — *Quid* circa i pegnoramenti e mezzi di esecuzione sui beni ereditarii, mobili o immobili ?

284. — Continuazione.

285. — La eccezione dilatoria non potrebbe venire opposta dall' erede avverso una dimanda fondata precisamente su lo avere incorso il decadimento dai termini.

286. — L'erede non debbe sopportare le spese fatte nel corso dei termini ; ma all' obbietto sono indispensabili due condizioni :

287. — 1° È uopo che rinunzii o accetti col benefizio dello inventario in tempo utile.
288. — 2° È uopo che le spese sieno fatte legittimamente.
289. — B. Qual'è mai la posizione dell'erede dopo trascorsi i termini di tre mesi e quaranta giorni?
290. — Trascorsi i termini *legali*, l'erede può ottenere termini giudiziali.
291. — Continuazione.
292. — Continuazione. — Il magistrato può forse accordare più termini successivi?
293. — Continuazione.
294. — Continuazione.
295. — Qual'è mai lo effetto dei termini giudiziali? — *Quid* particolarmente circa le spese?
296. — Continuazione
297. — Lo stabilimento dei termini riguarda il diritto di agire competente ai creditori: esso è estraneo alla quistione qual durata abbia per l' erede la facoltà di accettare o rinunziare.
298. — Conclusione. — Osservazione critica.

264. — A norma dello articolo 795 — 712:

« L' erede deve fare l' inventario entro tre « mesi computabili dall' aperta successione.

« Ha inoltre un termine di quaranta giorni « per deliberare su l'accettazione o rinuncia « dell' eredità, i quali incominciano a decor« rere dal giorno della scadenza dei tre mesi « accordati per l' inventario, o dal giorno in « cui fu compito l' inventario stesso, nel ca« so che fosse ultimato prima di tre mesi. »

L' *erede*, dichiara il testo in esame; è questo vocabolo è sommamente opportuno!

Nulladimeno si è obbiettato essere il successibile capace di assumere la qualità di erede: dappoichè precisamente i termini medesimi gli venivano conceduti per potere con piena cognizion di causa determinarsi ad assumere o rifiutare la qualità di erede.

Ma è questa la medesima tesi da noi oppugnata, consistente nel sostenere che il possesso forma *eredi presuntivi*, e che viene conceduto all' erede sotto condizione sospensiva della sua accettazione (*ved.* il tomo I, n. 134-135).

Tutto l' opposto! l'erede viene impossessato sotto la condizione risolutiva soltanto della sua rinunzia: è questa la ragione per cui, con sommo fondamento, tutti i testi il dichiarano immediatamente *erede* (art. 724, 785, 792, 793, 795 ec. — 645, 702, 709, 710, 712); epperò l' art. 174 C. pr. — 298 lo assimiglia perfettamente alla vedova: or è indubitato che la donna vedova o separata di beni è *in comunione*, a prescindere da ogni accettazione, qualora non abbia rinunziato, e che può esser convenuta in giudizio e condannata in questa qualità, se rendasi contumace: dunque tal' è pure la posizione dell' erede; dunque l' erede può venire altresì convenuto in giudizio non ad obbietto di assumere qualità e dichiarare se accetti o rinunzii; ma può venir citato in qualità di erede, già a lui competente, e condannato come tale, se rendasi contumace.

È ben vero che un tempo coloro i quali pretendevano che il capace di succedere divenisse erede mercè la sua accettazione, riconoscevano del pari in tutti gl' interessati il dritto di convenirlo in giudizio ed eziandio farlo condannare in contumacia: anzi la consuetudine di Poitou ne racchiudeva espressa disposizione (confr. Lebrun, lib. III, cap. 1, n. 37); ed allora spiegavasi tal condanna, sostenendo esser poggiata non su la qualità di erede, che il convenuto capace di succedere non aveva, ma sul suo silenzio, il quale dovevasi interpetrare in conformità dell' interesse dell' attore; e di fatti cotesto silenzio veniva interpetrato variamente secondo i casi, avuto riguardo all' interesse vario dell'attore, ora in senso di un' accettazione, se l' attore fosse un creditore o un legatario, ora in senso di una rinunzia, se l' attore fosse un coerede (confr. Ferrières, su l' artic. 316 della cons. di Parigi; Berault, su l' artic. 236 della cons. di Normandia; Jousse, su l' art. 1 del tit. VII dell' ordinanza del 1667.)

Ma evidentemente era questa una inconseguenza! avvegnachè vigente l'antico dritto come oggidì con la sentenza contumaciale dovevansi aggiudicare all' attore le sue conclusioni *se la dimanda si trovasse giusta e ben verificata* (ord. del 1667, tit. V, artic. 3; confr. art. 150 C. pr. — 244) or, a norma della dottrina la quale ammetteva che il capace di succedere non reputavasi erede al dondata del possesso, e che poteva esser convenuto in giudizio ad obbietto di dichiarare se accettasse o rinunziasse, non avrebbesi dovuto poterlo dichiarare in contumacia accettante nè rinunziante, finchè non avesse effettivamente accettato nè rinunziato!

Dunque la nostra tesi oggidì è più precisa e razionale!

L' erede, impossessato sin dal giorno della apertura della successione, è sin da questo momento il rappresentante del defunto.

265. — Se non che, siccome la legge non gl' impone necessariamente questa qualità, siccome per contrario gli offre la scelta fra

tre determinazioni diverse, così ha dovuto somministrargli pure i mezzi di esercitare questa scelta con piena cognizione di causa.

Tanto più che ciascuna di tali determinazionioni può produrre per lui conseguenze infinitamente gravi.

Di fatti l' erede, mercè l'accettazione pura e semplice, consolidando nella propria persona il possesso, rimane in avvenire diffinitivamente sottoposto *all' obbligo di soddisfare tutti i pesi ereditarii* (art. 724 — 645); e se tale eredità trovisi oberata, tutt' i beni particolari dell' erede possono esservi travolti! Riflettesi pure che l' accettazione il sommette all' obbligo della collazione verso i suoi coeredi (art. 843 — 762.)

Indubitatamente la rinunzia non offre tal genere di pericoli; ma rendendo l'erede estraneo alla eredità, può privarlo di un attivo più o meno considerevole, forse pure di una fortuna, se la eredità sia sommamente vantaggiosa.

Circa l'accettazione col beneficio dello inventario, la quale parrebbe, a primo aspetto, offrire vantaggi immuni da ogni periglio, è importante osservare nulladimeno che oltre gl'impaccie le risponsabilità da essa provegnenti, produce pure il risultamento, talvolta sommamente rischioso, di sottoporre l' erede all'obbligo della collazione (art. 843 — 762).

Dunque ciascuna di queste tre determinazioni può riuscire per l' erede di considerevole gravezza: soggiugniamo che ciascuna di esse, una volta presa dall'erede, reputasi in generale irrevocabile.

266. E per tal ragione l' erede gode di tre mesi per distendere inventario e quaranta giorni per deliberare (795 — 712);

Val dire degli stessi termini, già stabiliti dall' ordinanza del 1667 (titolo VII, articolo 1-5).

Tre mesi primieramente per distendere inventario, *a computare dall' apertura della successione*;

Quaranta giorni di poi, per deliberare, *i quali cominciano a decorrere dal giorno del trascorrimento dei tre mesi conceduti per lo inventario, o dal giorno della chiusura dello inventario, se siasi ultimato prima dei tre mesi*.

Sembra che cotesto termine di quaranta giorni tragga origine dal sistema feudale: di fatti è lo stesso termine conceduto all' erede del vassallo per entrare in fede e fare omaggio al signore del feudo (*Stylus curiae parlamenti*, cap. XXVIII, § 7; confr. cons. di Orleans, art. 60-62.)

266 *bis*. — Se l'erede non avesse ultimato nè cominciato lo inventario nei tre mesi, potrebbe compierlo ed eziandio cominciarlo entro i quaranta giorni conceduti per deliberare.

È questa la osservazione di Jousse su la ordinanza del 1667 (tit, VII, art. 3).

E tale osservazione è pure sommamente ben fondata oggidì; dappoichè, a norma dello art. 797 — 714, come ravviseremo, l' erede può essere astretto ad assumere qualità sol dopo il trascorrimento *dei termini accordati per fare l' inventario e per deliberare*, e pochissimo importa ai terzi che l'erede distenda ancora inventario entro i quaranta giorni dopo i tre mesi o deliberi soltanto, qualora i due termini non si trovino esauriti. Tutto ciò che ne emergerà, dice con sommo fondamento Demante, si è che l' erede godrà tanto meno tempo per deliberare utilmente (Confr. Chabot, art. 795, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p.294; Massé e Vergé, tom. II. p. 319; Bilhard, *del Beneficio d' invent.*, n. 52; Demante, t. III, n. 118 *bis*.)

267. — L' erede gode di questi termini, di pieno dritto, o sia per effetto della suprema concessione dello stesso legislatore (art. 795 — 712; 174 C. pr. — 268.)

Dalle quali cose conseguita:

1° Che non debbe dimandarli al magistrato quante volte però si circoscriva ai termini legali; dappoichè diversamente avverrebbe, se volesse ottenere una proroga (*infra*, numero 290);

2° Che non può venirne privato mercè di alcuna particolare volontà; nè da quella del suo autore, il quale avesse ordinato, per esempio, che il pagamento dei crediti o dei legati avesse luogo immediatamente dopo la sua morte; nè dalle offerte dei legatari di dar cauzione per la restituzione dei loro legati, se vi fosse luogo (confr. decis. C. di Trèves 14 ag. 1809, Borsarelli, Sirey, 1810, II, 229; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 294; Jocceton, *del Termine per distendere inventario*, *Rivista di legisl.*, 1851, p. 192-194);

3° Soggiugniamo che questi termini neppur potrebbero accrescersi a suo pro, in detrimento dei terzi, per privata volontà del suo autore: ai soli magistrati può competere il prorogarli, se vi sia luogo (articolo. 799 — 716.)

268. — Altronde questi termini vengono

conceduti *all'erede* (art. 795—712), val dire ad ogni erede, e conseguentemente:

1° All' erede minore o interdetto, del pari che all' individuo di maggiore età; dappoichè se la eredità spettata al minore o allo interdetto può venire accettata col beneficio dello inventario, vi si può altresì rinunziare; ed i termini possono riuscire sommamente utili ai loro rappresentanti per potere con cognizione di causa applicarsi ad un partito più conveniente (art. 464, 509 — 384, 432);

2° A ciascuno degli eredi individualmente e separatamente, quando ve ne sieno più. Dalla circostanza che uno o più di essi avessero accettato o rinunziato non conseguiterebbe trovarsi gli altri privati del dritto competente a ciascuno di essi d' invocare i termini legali, ed 'eziandio dimandarne la proroga giudiziale (confr. Chabot, art. 800, n. 1; Bilhard, del *Beneficio d' invent.*, num. 54; D., *Rac. alfab*,, v. *Success.*, n. 734);

3° Da ultimo all' erede divenuto tale ed impossessato posteriormente alla morte, mercè la rinunzia dell'erede o degli eredi più prossimi e primi a venire impossessati (*supra*, t. I, n. 150.)

269. — L' unica quistione che possa sorgere in questo ultimo caso si è il conoscere da quale epoca dovranno decorrere i termini per distendere inventario e deliberare.

Si faranno forse decorrere, a norma del testo dell' art. 795, *a computare dal giorno dell' apertura della successione*, sostenendo che il parente più prossimo, il quale abbia rinunziato, reputandosi non essere stato mai erede (art. 785 — 702), il parente più rimoto chiamato dopo di lui reputasi conseguentemente essere stato erede *a die mortis*?

Ma ciò ad evidenza è inattendibile; dappoichè non potrebbesi dichiarar chiuso contro di lui un termine non aperto e del quale non avrebbe potuto giovarsi. Questo è un fatto, e le finzioni retroattive tornano inefficaci! Se l' artic. 795 ha statuito decorrere i termini a computare dal giorno dell'apertura della successione, la ragione si è contemplare il caso più ordinario, su la ipotesi normale; dappoichè la rinunzia non presume (art. 784—701); ma l' equità ed il buon senso non permettono applicarlo ad una ipotesi affatto diversa.

Dunque è mestieri statuire che quando trattarassi di parenti impossessati posteriormente alla morte, mercè la rinunzia dei parenti più prossimi, a computare da tal rinunzia decorrerà, contro di essi, sia il termine di tre mesi e quaranta giorni, se l' inventario non fosse stato fatto dai parenti primi chiamati, sia il solo termine di quaranta giorni, se si fosse già fatto l' inventario. Laonde per dritto romano ciascuno erede, qualunque fosse il suo grado, aveva personalmente il *jus deliberandi* (L. 10, Cod. *de jure deliber.*); e Gotofredo, nelle sue note su questo testo, ha saggiamente osservato: *Per singulos gradus, singuli termini statuendi sunt.*

Anzi opineremo, con Duranton, che i termini debbono decorrere, contro l' erede di grado susseguente, dal giorno *in cui ha conosciuto l' ultima rinunzia* (t. VI, n. 470.)

Si è risposto che non era necessario giugnere sino a tal punto; e similmente, si è detto, che i termini decorrono avverso l' erede più prossimo ed il primo impossessato, *a computare dal giorno dell'apertura della successione* (art. 795 — 712), e non dal giorno in cui nè ha avutocognizione; del pari che i termini debbono decorrere contro il più remoto dal giorno della rinunzia del parente più prossimo, e semplicemente dal giorno in cui ha avuto cognizione di questa rinunzia. Tal' è la regola *pel termine legale*, salvo, in ambedue i casi, lo invocare l' articolo 799 — 716, per ottenere *un termine giudiziale*, che la legge precisamente permette e accordare per la ignoranza in cui l' erede ha potuto trovarsi della sua chiamata (confr. art. art. 811 — 730; il t. I, n. 150; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 795, *Osserv.* 1; Marcadé, art. 795; Vazeille, articolo 795, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, tomo IV, pag. 296; Massé e Vergé, tomo II, pag. 349).

Ma bentosto dimostreremo (*infra*, n. 300 e seg.) che l'erede il quale ignora la sua chiamata non potrebbe validamente accettare nè rinunziare: or è mai possibile far decorrere, in tale stato, contro di lui, un termine qualsivoglia sotto pena di decadenza?

270. — Altronde è manifesto che la quistione da noi agitata pel caso di devoluzione della eredità ad un parente più remoto, per effetto della rinunzia di un parente più prossimo, non potrebbe sorgere pel caso di semplice accrescimento a pro dei coeredi, per effetto della rinunzia di uno dei coeredi: di fatti quest' ultima circostanza non potrebbe modificare il punto del quale cominciano a decorrere i termini: non se ne ravviserebbe alcuna ragione: se non che potrebbesi invocare allora, secondo le circostanze, l'art. 79—

716, per ottenere una proroga di termine (confr. Duranton, *loc*, *supra cit.*)

271. — Supponghiamo che l'erede muoja prima di assumere qualità.

Quali termini dovranno accordarsi ai propri eredi, i quali troveranno nella sua eredità l'altra spettatagli e che non aveva ancora accet[illegible] o è rinunziata ?

Co[illegible]i eredi però hanno, secondo il dritto comune, tre mesi e quaranta giorni per distendere inventario della eredità del loro autore e deliberare ; durante i quali tre mesi e quaranta giorni non possono venire astretti ad assumere qualità (art. 797 — 714);

Or, se si potessero, prima del trascorrimento dei termini medesimi, astringere ad appigliarsi ad un partito circa la eredità spettata al loro autore, verrebbero quindi astretti ad assumere qualità relativamente alla propria eredità, potendo ad evidenza accettare o rinunziare *dal lato suo* (art. 781 — 698), vat dire come suoi eredi, la eredità che trovasi nel's sua;

Dunque, per la forza medesima delle cose, gli eredi di colui al quale è spettata una eredità, e morto senza averla rinunziata o accettata, godono, relativamente alla stessa eredità, gli stessi termini loro conceduti circa la eredità del proprio autore.

E neppur crediamo esservi luogo a distinguere se lo inventario della eredità spettata al proprio autore si trovasse o pur no fatto nel momento della morte di costui ; doppoichè lo inventario della prima eredità non basta a svelargli la consistenza della seconda eredità, val dire della eredità stessa intorno a cui, innanzi tutto, debbono deliberare e di cui debbono avere il dritto di far distendere l'inventario entro il termine di tre mesi a computare dal dì della morte del loro autore.

Indarno obbietterebbesi l'art. 1461—1426, il quale dichiara per contrario che se la vedova muoja *dopo compiuto l' inventario* (dei beni della comunione), gli eredi godranno, per deliberare, di un novello termine di quaranta giorni. Di fatti la risposta si è che il legislatore ha considerato che, in questo ultimo caso, lo inventario della comunione basterebbe a manifestare agli eredi della moglie nel tempo stesso la consistenza della comunione e quella detta eredità, e che quindi non eravi luogo ad accordar loro un novello termine per distendere un inventario inutile in avvenire : or tal ragione non sussiste menomamente nella ipotesi in esame (confr. Montvallon, *delle Success.*, cap. IV, art. 26; Chabot, art. 795, n. 5; Bilhard, *del Beneficio di inventario*, n. 55 ; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 294; Demante, t. III, n. 102 *bis*, II; Tambour, *del Beneficio d' inventario*, pagina 237.)

272. — L'erede, il quale, prima di distendere inventario, avesse dichiarato in cancelleria accettare col beneficio dello inventario, potrebbe forse invocare nondimeno i termini per distendere inventario e deliberare?

L' affermativa parrebbe, a primo aspetto, potersi dedurre dal ravvicinamento dell' articolo 794, a norma di cui la dichiarazione di accettazione col beneficio dell'inventario può esser *preceduta* o seguita dall' inventario, al l' art. 795, il quale poscia ed immediatamente attribuisce all' erede il termine di tre mesi e quaranta giorni, senza distinguere se la sua dichiarazione di accettazione col beneficio dell' inventario sia seguita o pur no.

Laonde taluni hanno insegnato che l' erede avrebbe dritto, eziandio dopo aver dichiarato di accettare col beneficio dell' inventario, al termine di tre mesi per distendere inventario, negandogli nulladimeno il termine di quaranta giorni per deliberare, avendo già deliberato (confr. Malpel, num. 192; Bilhard, n. 53).

Demante è giunto anche più oltre ; ed il detto autore avvisa che l'erede, eziandio dopo la sua accettazione col beneficio dello inventario, deve godere compiutamente ; non solo del termine di tre mesi per distendere inventario, ma eziandio del termine di quaranta giorni per deliberare: l'erede, egli dice, può ancora prescegliere il titolo di erede beneficiato o quello di erede puro e semplice ; e, secondo il partito da lui prescelto, si determinerà più o meno agevolmente a pagare, se vi sia luogo, sui beni suoi particolari : in ciò consiste il suo interesse a godere dei termini di tre mesi e quaranta giorni (tom. III. n. 117 *bis*)

Tali opinioni non ci sembrano ben fondate; e per contrario avvisiamo che l' erede, dopo aver dichiarato accettare col beneficio dell'inventario, non possa in avvenire dedurre alcuna eccezione dilatoria, nè di tre mesi per distendere inventario, nè di quaranta giorni per deliberare:

Questo duplice termine viene conceduto da tutti i testi in esame all' erede, per porlo in grado di deliberare con cognizione di causa, *su la sua accettazione* o *rinunzia* (art. 795), ed affinchè non possa *essere costretto*, duran-

te il termine medesimo, *ad assumere qualità* (art. 797);

Or, l' erede, nella ipotesi in esame, ha accettato; *ha assunto qualità*;

Dunque i termini non potrebbero in avvenire competergli.

Indarno obbietterebbesi la classificazione degli art. 794 e seg., per inferirne che l'erede beneficiato debba pur godere dei termini, comunque la sua dichiarazione di accettare col beneficio dell' inventario abbia *preceduto* lo inventario; dappoichè trovandosi i termini medesimi conceduti all' erede per deliberare *su la sua accettazione* o *la sua rinunzia*, discenderebbe da questo argomento se fosse ben fondato, che l'erede, dopo avere accettato col beneficio dallo inventario, potrebbe ancora rinunziare! la qual cosa sarebbe affatto inammissibile; ed è questa la ragione per cui abbiamo osservato che i surriferiti articoli (795 o seg.) non trovansi di fatti pienamente ben collocati nella sezione destinata al beneficio dell' inventario (*supra*. numero 262.)

Da ultimo non potrebbesi con miglior successo invocare lo interesse che l'erede potrebbe avere a determinarsi di poi per l' accettazione pura e semplice; dappoichè allora potrebbe, pagando col suo particolar danaro i creditori della eredità, ovviare a spese ed alla vendita de' beni ereditarii alla conservazione dei quali attribuisce forse alta importanza. Perchè non attendere per determinarsi! e perchè ha immediatamente accettato col beneficio dello inventario! Dunque deve ascrivere a sè stesso la posizione formatasi. I termini han per iscopo di preservarlo da una condanna, la quale potrebbe, con la sua rinunzia, trovarsi priva di oggetto; or, dopo avere accettato, eziandio semplicemente col beneficio dello inventario, è indubitato poter venire condannato e le condanne sussistere contro di lui, almeno nella sua qualità di erede beneficiato, amministratore dell'eredità incaricato della difesa avverso le dimande che la riguardano: dunque non evvi più motivo per una eccezione dilatoria. Ciò che potrebbe semplicemente farsi dal tribunale sarebbe lo accordare qualche differimento di otto o quindici giorni, per esempio, secondo gli usi del foro, se l'erede non avesse ancora compinto l' inventario e si sperasse rinvenire, nei titoli e nelle carte ereditarie, documenti necessarii o utili alla difesa; ma queste specie di differimenti o proroghe, subordinate alle circostanze e dipendenti dalla valutazione prudenziale dei magistrati, nulla han di comune con la eccezione dilatoria propriamente detta derivante dalla stessa legge; e la pruova si è potersi accordare all'erede il quale avesse accettato puramente e semplicemente del pari che a quello il quale avesse accettato col benefic[…] d' inventario (confr. Pothier, *delle* […]ss., cap. III, sez. V; Duranton, t. VII, n. 22; Tambour, p. 238).

273.—Questi termini di tre mesi e quaranta giorni vengono conceduti all'erede verso e contro tutti.

Dunque non solo verso i creditori ed i legatarii, che gli dimandassero il pagamento di ciò che loro è dovuto o il rilascio del loro legato, o più generalmente verso chiunque sperimentasse contro di lui un'azione personale o reale di rivendicazione di un oggetto creditario, o diversamente.

Ma ancora verso i suoi coeredi i quali formassero contro di lui una domanda di divisione.

Può avvenire che, stabilendo questi termini, il legislatore abbia avuto precipuamente in mira le relazioni dell'erede verso i creditori della credità ed i legatarii; e le diverse espressioni adoperate negli articoli in esame (795 ad 800—712 a 717) parrebbero di fatti così dimostrare.

Ma finalmente cotesti articoli sono generici; ed i motivi su cui poggiano esistono con egual forza, da qualunque causa possa provenire, per l' erede, la dimanda che lo astringesse a prendere un partito prima del trascorrimento dei termini (Confr. arresto C. cass. 3 ago. 1808, Brandi, Sirey, 1808, I, 490; decis. C. di Lione 21 mag. 1834. Pacros, Dev., 1832, II, 497; Toullier, t. II, n. 45; Favard, *Rep.* v. *Rinunzia*, § 1, n. 16; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 293; Massé e Vergé, t. II, p. 319).

274.—Due punti principali ci rimangono a risolvere su questo subbietto, cioè:

A. Quale è mai, nel corso della durata dei termini per distendere inventario e deliberare, la posizione dell'erede riguardo alla eredità e nei suoi rapporti coi terzi interessati?

B. Qual è mai la sua posizione dopo il trascorrimento di questi termini?

275.—A. E primieramente, nel corso della durata dei termini, è manifesto che l'erede debba astenersi, riguardo alla eredità, da ogni atto producente da parte sua un'accetta-

zione, trovandosi allora decaduto dai termini medesimi (art. 778—695).

Ma frattanto chi prenderà cura dei beni ereditarii ? chi farà gli atti di amministrazione da non potersi differire senza nocumento?

L' art. 797—813 dispone all' obbietto nel seguente modo:

» Se però si trovano nella eredità degli oggetti suscettibili di deperimento, o la cui conservazione importi grave dispendio, l' erede nella sua qualità di successibile, può farsi giudizialmente autorizzare a procedere alla vendita dei medesimi, senza che da ciò si possa indurre cho egli abbia accettata l' eredità.

» Questa vendita debbe farsi col mezzo di pubblico uffiziale, dopo gli avvisi o le pubblicazioni regolato secondo lo leggi della procedura civile.»(art. 986 C. pr.—1062).

Di fatti l'erede viene impossessato: gl'interessati non possono, finchè non abbia rinunziato, far nominare un curatore (art. 811—730), e conseguentemente a lui debbe competere il diritto ed eziandio il dovere di fare gli atti di vigilanza ed amministrazione provvisoria (art. 779 — 696, infra, n. 413 e seg.).

Dal fare l'art. 986 C. pr. menzione indistintamente *degli effetti mobili* si è inferito derogare all'art. 796 C. civ., ed ammettere la possibilità della stessa vendita dei mobili, i quali non fossero suscettivi di deperimento e la cui conservazione riuscisse dispendiosa (confr. Pigeau, *della Proc. civ*, t. II, p. 605).

Ma per contrario l' art. 986 C. pr. si riferisce allo stesso articolo in esame (*in conformità del codice civile*, esso dichiara): dunque non ha inteso derogarvi; e ben si comprendo di fatti, fino a quando non abbia deliberato dovere astenersi da ogni alienazione non richiesta dallo imminente interesse della stessa eredità.

276.—La permissione del magistrato ed il pubblico incanto, cui l' art. 796 sottopone la vendita, neppur sarebbero sempre necessarii; dappoichè la legge debba intendersi in senso ragionevole; ed osteggerebbe la ragione il richiedere tutte queste forme e tutte queste spese pei tenui prodotti, come i legnami di un giardino, le uova del pollajo, il latte del bestiame, ec., le quali cose tutte possono vendersi al mercato ed all'amichevole(Confr. arresto C. cass. 1. feb. 1843, Grenouilloux, Dev., 1843, I, 458 decis. C.di Douai 14 mag. 1855, Boin-Baude, Dev., 1856, II, 25; Demante, t. III, n. 99 *bis*; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 606).

277.—È pur manifesto che l'erede, nella sua qualità di capace di succedere, può e debbe fare ogni atto conservatorio;

Prendere o rinnovare le iscrizioni;

Interrompere lo prescrizioni; ed è mestieri interromperle, dappoichè, a norma dell' art. 2259—2166, la prescrizione decorre durante i tre mesi per distendere inventario ed i quaranta giorni per deliberare (confr. Bilhard, n. 53, Tombour, p. 220).

278.—Del resto l'erede medesimo potrebbe dimandare la nomina di un amministratore provvisorio.Tal provvedimento sarebbe particolarmente utile nel caso in cui più coeredi non potessero porsi di accordo circa l' amministrazione dei beni ereditarii duranti i termini per distendere inventario e deliberare (confr. arresto C. cass. 27 apr. 1825, Alborel, D. 1825, I, 330).

279.—Ma scendiamo allo esame dello effetto sociale e caratteristico dei termini dei quali ragioniamo, e che dall' art. 797—714 vien determinato nel seguente modo:

« Durante i termini accordati per fare l'inventario e per deliberare, l' erede non può essere costretto ad assumere la qualità, e non può essere ottenuta alcuna condanna contro di lui. Se rinunzia all'eredità prima o dopo spirati i termini, le spese da lui fatte legittimamente sino a tale epoca, sono a carico dell' eredità ».

Quindi, da un lato, l'erede non può venire astretto ad assumere qualità, e non puossi contro di lui ottenere alcuna condanna.

D'altro lato, le spese legittimamente fatte durante tale intervallo rimangono a carico della eredità, ove rinunzii o accetti col beneficio dello inventario.

Primieramente affermiamo che egli non può venire astretto ad assumere qualità, e che non può ottenersi contro di lui alcuna condanna (confr. decis. C. di Aix 11 dic. 1824. Fontaine, D. 1825, II, 130).

È mestieri inferirne forse che non possa venir citato duranti i termini medesimi, e che le dimande, contro di lui formate, debbono dichiararsi nulle ?

No al certo ! tutto l'opposto, le dimande rimangono salde, e Pothier con sommo fondamento insegna cho i creditori ed i legatarii non sono obbligati a formarne altre dopo il trascorrimento dei termini (*loc. infra*). Se

non che l'erede può far sospendere il giudizio deducendo la eccezione dilatoria dei tre mesi e quaranta giorni; anzi è uopo che la deduca prima di ogni difesa in merito, avvegnachè diversamente verrebbe condannato come erede puro e semplice (art. 174 e 186 C. pr. — 268 e 280).

Dunque la pugna è sorta, e l'erede ha diritto di ottenere una semplice tregua. Naturalmente il tribunal competente, investito delle dimande avverso l'erede, è pur competente a statuire circa la sua eccezione dilatoria (confr. Chabot, art. 798, n. 3—715).

Erano pur questi i nostri antichi principii.

È ben vero che per diritto romano diversamente accadeva, e che Giustiano, nella legge 22, § 11 nel codice *de jure deliberandi* assolutamente inibiva instituire ogni azione avverso l'erede; *Nulla erit licentia eos vel inquietare, vel ad judicium vocare*, mentre sospendeva ogni prescrizione a suo pro.

Ma, comunque Furgole abbia divisato il testo medesimo formar legge in Francia, non solo nei paesi di diritto scritto, ma eziandio nei paesi consuetudinarii (t. IV, p. 9, art. 41), pure è indubitato che l'ordinanza del 1667 aveva immutato quel principio, statuendo per contrario che le citazioni dirette all'erede sarebbero valide, con la facoltà per lui di dedurre la eccezione dilatoria (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. V, ed Indrod. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 68-69).

280.—Dall'essere regolare la dimanda conseguita:

1° Che essa interrompe la prescrizione; ed è mestieri effettivamente che i creditori e gli altri interessati possono interrompere la prescriziono, dapoichè decorrono tanto a pro quanto contro la eredità durante i termini medesimi (articolo 2244, 2245, 2259 — 2150, 2151, 2466.)

2° Che essa fa decorrere gl' interessi (articolo 1153 Codice Napoleone — 1107, e 57 C. pr.);

Pothier, su questo secondo punto, il quale insegna, nel suo *Trattato delle successioni* (cap. III, sez. V), che la dimanda formata, nel corso dei termini, non fa decorrere gl'interessi, professa opposta dottrina nella sua introduzione al t. XVII della consuetudine di Orleans, n. 69; e tal sentimento da Lebrun e dal suo annotatore Espiard preferito altresì (lib. III, cap. 1, n. 2), è indubitatamente eziandio oggidì il migliore: è bastevole che i creditori trovinsi inceppati durante tutto questo tempo; almeno debbono aver dritto agli interessi; dappoichè la loro dimanda è regolare e valida. Cotesta soluzione importa particolarmente molto ai legatarii particolari, i quali possono pretendere i frutti e gl'interessi a cominciare dal giorno della loro dimanda di rilascio (art. 1014—968; confr, Tambour, p. 236.)

281. — È manifesto che i terzi interessati possano valersi di provvedimenti conservativi; avvegnachè l' art. 797 vieta loro semplicemente astringere l'erede ad assumere qualità ed ottenere condanne contro di lui (articolo 1180 C. Nap. — 1133; 450 C. com. ec. — 442).

Dunque, a cagion di esempio, potrebbero interrompere prescrizioni (*supra*, n. 280), far notificare protesti, dimandare inscrizioni, ec. (confr. decis. C. di Besanzone 9 febbraio 1827, Veullier, D. 1827, II, 132; Chabot, art. 797, n. 2; Carré e Chanveau, su l' articolo 986 C. pr.; Thomine-Desmazures, t. I, p. 328).

E ci pare similmente indubitato che la notificazione ingiunta con l'art. 877 — 797, per rendere esecutivi avverso l' erede i titoli esecutivi contro il defunto, verrebbe validamente fatta durante i termini medesimi (confr. decis. C. di Parigi 29 dicembre 1814, Chaunin, *G. del Foro* sotto la sua data; Grenier, *delle Ipoteche*, t. I, p. 130; Chabot, art. 873, n. 22; Vazeille, art. 877, n. 2; Poujol, articolo 877, n. 2; Belost-Jolimont sopra Chabot, stesso articolo, *Osservaz.* 4; Duranton, tomo VII, n. 458; Joccoton, *Rivista di legisl.* 1851, t. II, p. 196; Zachariae, Aubry e Rau, tom. IV, pag. 315; Massé e Vergé, tomo II, p. 320).

282. — È forse mestieri considerare come provvedimento conservatorio, cui la eccezione dilatoria non potrebbesi opporre, la dimanda di riconoscimento o verificazione di scrittura?

Si è così insegnato; e cotesta dottrina è poggiata sul carattere di urgenza di queste spécie di dimande, e sul constituire la decisiono giudiziale da emettere una dichiarazione anzichè una condanna (confr. Toullier, t. II, n. 367; Tambour, p. 239).

È indubitato la dimanda formata all'obbietto non esser nulla, come aveva radicalmente giudicato la corte di Bordò (confr. arresto C. cass. 10 giugno 1807, n...., Sirey, 1807, I, 291.)

Ma non è forse andare troppo lungi, in senso inverso, lo affermare non potervisi nè anche opporre la eccezione dilatoria?

Di fatti che mai dimandasi all' erede?

Volontariamente riconoscere la scrittura o sostenere la procedura, la quale dovrà farla reputare contro di lui riconosciuta (art. 193 C. pr. — 287).

Or nessuna delle parti di questa alternativa può effettivamente proporglisi nel corso dei termini.

Senza assumere qualità non potrebbe volontariamente riconoscere la scrittura in nome dell' eredità.

Ed allora dunque per qual ragione astringerlo a lasciar fare necessariamente le spese della verificazione, che il suo volontario riconoscimento potrà rendere inutili, quando troverassi in grado di farlo?

Altronde forse non sarebbe effettivamente una condanna la sentenza la quale considerasse la scrittura riconosciuta avverso di lui? (Confr. Joccoton, *loc. supra cit.*, p. 196).

283. — Di fatti è quistione controversa e delicata quella se i creditori o altri terzi interessati, muniti di titoli esecutivi, possano, dopo la notificazione imposta con l' art. 877, ma *prima* del trascorrimento dei tre mesi e quaranta giorni, far procedere a pegnoramenti ed atti coattivi sui beni mobili ed immobili ereditarii.

Generalmente si conviene che a nessuna esecuzione potrebbesi procedere su la persona nè sui beni proprii dell' erede; e di fatti tal procedimento implicherebbe immediatamente un' accettazione pura e semplice intorno a cui precisamente la legge gli permette deliberare.

284. — Ma, quante volte i procedimenti riguardino i beni medesimi ereditarii, vengono in campo tre opinioni:

Una prima opinione pretende che nessuno pegnoramento mobiliare o immobiliare possa farsi, e che ogni atto di esecuzione di tal genere trovasi colpito di nullità: lo spirito della legge è ad evidenza, dicesi, di attribuire allo erede il mezzo di esaminare, con sincerità e senza impacci, la eredità, senza poter venire astretto, con procedimenti qualsivogliano, ad assumere qualità prima del trascorrimento dei termini. È questo il sentimento di Bilhard, il quale ammette nulladimeno il sequestro presso terzo, ed eziandio gli altri pegnoramenti, ma soltanto nel caso in cui vi fosse pericolo nella mora ed in cui si trattasse ovviare ad una prescrizione ed una decadenza (*de Benef. d'inventario*, n. 58-59). Joccoton va più lungi; ed interdice al creditore ogni pegnoramento, permettendogli semplicemente fare un precetto per interrompere la prescrizione (*Rivista di legisl.*, 1851, t. II, p. 196 e seg.) È questa la opinione professata eziandio da Chabot, su l' art. 877, n. 3, dopo avere nulladimeno appalesato un opposto divisamento su l'art. 797, n. 2.

Per contrario, a norma della seconda opinione, i creditori ereditarii possono pegnorare e far vendere i beni mobili ed immobili ereditarii. Puossi, in sostegno di questa dottrina, ragionar così:

1° Gli art. 797 C. Nap. — 714, e 174 C. pr. — 268 dispongono semplicemente che nessuna condanna può ottenersi contro l'erede; e gli accordano all' obbietto una eccezione dilatoria; la qual cosa suppone un giudizio: or i mezzi di esecuzione, in forza di un titolo parato, segnatamente circa i mobili, non costituiscono un giudizio e non menano a condanna avverso l' erede: dunque i su riferiti articoli non sono applicabili.

2°. Anche quando l'erede credesse dovere, nello interesse della eredità, opporsi ai procedimenti e dedurre qualche nullità, non ne conseguiterebbe essere astretto ad assumere qualità; dappoiche questa parte puramente difensiva, che ei sostenesse come amministratore dell' eredità e come *negotiorum gestor*, nella sua qualità di capace a dichiararsi erede, non implicherebbe dal lato suo un' accettazione (confr. dec. C. di Parigi 29 piovoso anno II, Lapotonnière; di Riom 13 feb. 1821, Moustoux, D. *Rac. alfab.*, v. *Successione*, n. 455-456; Vazeille, art. 778, n. 3; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 607).

3° Non iscorgesi la ragione per cui i creditori si troverebbero paralizzati nello sperimento de' proprii diritti su' beni ereditarii, i quali sono e dovranno essere lor pegno, ed i quali non cesseranno, checchè avvenga di trovarsi destinati alla estinzione de' loro crediti, e conseguentemente poter essere pegnorati e venduti da essi (confr. decis. C. di Douai 4 marzo 1812, Amministraz. de' demanii, Sirey, 1812, II, 392; sentenza del trib. civ. di Lione 17 ag. 1849, Laurent, D. 1849, III, 95; decis. C. di Parigi 16 ag. 1851, Goulet, Dev., 1851, II, 763; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 797, *Osserv.* 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 294; Fonet de Conflans, art. 797, n. 2; D., *Rac. alfab.*, v. *Successione*, n. 744.)

Finalmente la terza opinione da noi proposta insegna che i creditori possono procedere ad atti di esecuzione su' beni mobili ed immobili ereditarii, e che i loro procedimenti sono validi, ma che l'erede ha da parte sua, la facoltà di opporvisi e farli sospendere dal tribunale. Cotesta *media* dottrina ci sembra unisona allo essenziale intendimento del legislatore, come viene disvelato con l'art. 797: di fatti da un lato il diritto de' creditori non trovasi *ipso jure* paralizzato; anzi possono citar l'erede personalmente;ma, d'altro lato, lo erede, invocando i termini dalla legge concedutigli, debbe avere il diritto di tenere in sospeso tutti i procedimenti iniziati. Indarno obbietterebbesi che può, nella sua qualità di capace di succedere, dimandare la nullità dei procedimenti, se creda di esservi luogo, e le condanne ottenute contro di lui, in questa qualità, nol renderebbero erede. Noi il dimostreremo di poi ma, relativamente al diritto che gli compete di non in correre condanna duranti i termini, l'art, 797 è positivo: or la argomento che qui viene messo in campo, se fosse ben fondato, applicherebbesi ad ogni giudizio; e quindi tenderebbe nientemeno a privar l'erede, in tutti i casi, della sua eccezione dilatoria. Neppure crediamo esser necessario che l' erede, il quale dimandi una sospensione de'procedimenti iniziati, manifesti lo intendimento di dedurne la nullità per un motivo qualsivoglia, sia desunto dal merito, sia dalla forma;doppoichè, ammettendo che il diritto del creditore fosse, sotto questo duplice rapporto, incontrastabile, l'erede può sempre avere interessi ad impedire,duranti i termini, la vendita forzata de' beni ereditarii; dappoichè se si determini poscia ad accettare, potrà pagare il creditore co' suoi danari particolari e procacciarsi quindi il dupliee vantaggio di ovviare alle spese ed alla vendita de'beni che forse desidera conservare (confr. decis.C. di Bordò 30 lug.1834, Vieille, Dev., 1834, II, 688; di Angers 17 ag. 1848, Malines, Dev., 1848, II, 754; Pothier, *delle Success.*, cap. III. sez. V. ed Introduz al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 68; Lebrun ed Espiard, lib. III, cap. 1, n°. 44; Vazeille, art. 797, n°. 3; Chauveau sopra Carré, quist. 757, nota; Massé c Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 320; Tambour, p. 239-244.)

285.—Ciò cbo sembra indubitato si è che la eccezione dilatoria non potrebbe venire opposta dall'erede contro una dimanda fondata precisamente sul motivo che sarebbe incorso nelle decadenza de'termini, per un'accettazione, o per una sottrazione da lui commessa di un oggetto ereditario (art. 792, 801—709, 718; confr. decis. C. di Rennes 22 dic. 1849, Lemoine, D. 1849, II, 140).

286.—L'erede, abbiam detto (*supra*, n. 279), non soggiace alle spese le quali abbian potuto farsi nel corso de'termini.

Ma sono all'obbietto indispensabili due condizioni, cioè:

1°. Che rinunzii o accetti col beneficio dello inventario in tempo utile;

2°. Che le spese sieusi fatte legittimamente.

287.—1°. *Se rinunzia*, dichiara l'art. 797, *prima* o *dopo spirati i termini*, le spese da lui fatte legittimamente sino a tale epoca sono a carico dell'eredità.

Se rinunzia; ed è uopo ad evidenza aggiugnere altresì, come abbiamo praticato(*supra*, n°. 286): *se accetti col beneficio dello inventario* (confr. art. 802, 810 C. Nap.—719, 729; Chabot, art. 797, n. 3; Duranton, t. VII, n. 20).

Non incontrasi alcuna difficoltà, quando l'erede avrà rinunziato o accettato col beneficio dello inventario *prima* del trascorrimento de'termini.

Ma come è uopo intendere l' art. 797, il quale dispone inoltre che, se l'erede rinunzii *dopo spirato i termini*, le spese fatte *fino a tale epoca* sono a carico della eredità ? Lo intendimento del legislatore ci sembra essere di porre a carico della eredità le spese fatte prima del trascorrimento de'termini:era questa la soluzione di Pothier (*delle success.*, cap. III, sez. V); e tale sembra essere altresì il senso della espressione adoperata nell'art. 797: le spese fatte *sino a tale epoca* (confr. decis. C. di Colmar 21 dic. 1830, Azon, Dev., 1832, II, 62; di Lione 24 maggio 1831, Pacros, Dev., 1832, II, 197; di Bordò 6 agosto 1833, Bonillon, Dev., 1834, II, 47; di Limoges 23 giugno 1838, Dézemard, D., 1839, II, 86; Massé e Vergé, p. 324).

Ciò non vuole dinotare che l'erede non possa rinunziare quando i termini sieno *spirati*; ma allora la sua rinunzia non lo esimerebbe dalle spese fatte contro di lui dopo il trascorrimento de'termini.

Andrebbe immune dalle spese fatte dopo il trascorrimento de'termini sol quando si difendesse immediatamente e senza lentezza, in qualità di erede beneficiato, da'procedimenti contro di lui iniziati (Duranton, t. VII, n°. 21

Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 295; Massé e Vergé, t, II, p. 324; Demante, III. n. 120 *bis*, II; *ved.* nondimeno Ducaurroy, Bonnier e Ronstaing, t. II, n°. 607).

288.—2°. Le spese, alle quali nello intendimento del legislatore, l'art. 797 si applica principalmente, sono le spese giudiziali fatte da'creditori ereditarii o dagli altri interessati (*ved.* pure art. 799—746).

E quindi è manifesto esser mestieri comprendervi non solo le spese fatte *da lui*, val dire dall'erede, per dedurre, per esempio, la sua eccezione dilatoria, le quali formano la conseguenza di questa attitudine di aspettativa, che la legge gli permette assumere, ma eziandio le spese che abbian potuto farsi *contro di lui*.

Se non che facciamo, intorno a coteste due specie di spese, una duplice osservazione:

Da un lato, le spese fatte dall'erede andrebbero a suo carico, se non fossero state fatte *legittimamente*, val dire se fossero il risultamento della sua colpa, delle sue irresoluzioni, della sua lentezza o della sua non curanza; come se, per esempio, lasciandosi condannare dapprima in contumacia, deducesse dappoi per via di opposizione la eccezione dilatoria;

D'altro lato, quando affermiamo che le spese fatte contro l'erede da'creditori ereditarii o altri, vanno pure a carico della eredità, intendiamo affermare semplicemente tali spese non andare a carico personale dell'erede il quale rinunzii o accetti col beneficio dello inventario; ma non ne conseguita menomamente che non debbano sopportarsi dall'attore, creditore o altro, in conformità del principio generale per cui ogni parte soccumbente debbe venir condannata alle spese (art. 130 C. pr—222; confr. Chabot, art. 797, n. 3; Poujol, art. 797-799, n. 1; Demante, t. III, n°. 120 *bis*, II e III; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 295).

289.—B. Qual è mai la posizione dell'erede dopo tascorsi i termini di tre mesi e quaranta giorni?

È questa la nostra ultima quistione circa il subbietto in disamina (*supra*, n° 274).

Abbiam detto il duplice effetto de'termini essere:

1°. Che l'erede non possa venire astretto ad assumere qualità, e che non si possa contro di lui ottenere alcun condanna;

2°. Che le spese legittimamente fatte, sia da lui, sia contro di lui, vanno a carico dell'erede.

Dunque il duplice effetto del trascorrimento de' termini debbe essere naturalmente in senso inverso:

1°. Che l'erede, in caso di procedimenti contro di lui diretti, non possa più apporre la eccezione dilatoria, e debba difendersi dai procedimenti medesimi o rinunziare;

2° Che le spese fatte da lui o contro di lui vanno a suo carico (arg. dall' art. 797—744).

290. — Ed ancora non è questo di necessità lo inevitabile effetto del trascorrimento dei termini legali di tre mesi e quaranta giorni; avvegnachè la legge offre all'erede il mezzo di ottenerne la proroga.

A norma dell' art. 798—715.

« Scorsi i suddetti termini, l'erede, in caso che venga chiamato in giudizio, può « chiedere un nuovo termine, il quale gli « verrà ancora accordato o negato, secondo « le circostanze, dal tribunale avanti a cui « pende la contestazione. »

Di fatti l'erede può avere ignorato l'apertura della successione, se il suo parente, per esempio, sia morto in un luogo lontano, in paese straniero: egli stesso avrebbe potuto trovarsi in viaggio o impedito da malattia; ovvero i beni ereditarii trovarsi in luoghi lontani e sparsi; e gli affari essere *di grave discussione ed ampiezza*, come afferma Pothier (*delle Success.*, cap. III, sez. V. arg. dall' art. 799).

Ed è sembrato giusto che, trascorsi i termini *legali*, divenuti insufficienti, l'erede potesse ottenere novelli termini *giudiziali*.

291. — I magistrati hanno all' obbietto un potere prudenziale di valutazione, *secondo le circostanze* (art. 798—745); essendo questa effettivamente una quistione di mero fatto: dalle quali cose conseguita la lor decisione, sia che accordino il termine, sia che il neghino, non andar sottoposta, sotto questo rapporto, alla censura della corte di cassazione (Arresto C. cass. 17 marzo 1820, d' Espagnac, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 737).

È mestieri altresì desumerne le seguenti conseguenze:

292. — 1° I magistrati possono accordare non solo *un nuovo termine*, come dichiara l' art. 798, ma eziandio più termini successivi, se i primi siensi riconosciuti insufficienti; dappoichè la formola dell' articolo in esame non potrebbesi considerare come restrittiva. Si appartiene ai magistrati, alla pruden-

za loro ed alla loro equità il conciliare, in tali occasioni, gl' interessi dei creditori e degli altri con quello dell' erede (confr. decis. C. di Parigi 11 fruttidoro anno XIII, Hoppey, Sirey, 1807, II, 884-885; Poujol, art. 797-799, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 295; Massé e Vergé, t. II, p. 324).

293. — 2°. La proroga può accordarsi non solo per deliberare, ma eziandio per distendere inventario; anche quando l' erede non dimostrasse rigorosamente che lo inventario non abbia potuto farsi nel corso dei tre mesi.

A dir vero l' art. 4 del tit. VII della ordinanza del 1667 pareva permettere la proroga pel caso in cui lo inventario non si fosse ancor disteso; ed eziandio l' art. 174 C. pr. — 268 ha riprodotto, in questo punto, la formola della ordinanza.

Ma, da un lato, l' art. 798 C. Nap. permette al magistrato, senza alcuna restrizione, accordare un termine secondo lo circostanze; e, d' altro lato, è nopo tanto meno scorgere una derogazione nell' art. 174 C. pr., in quanto che in generale tali specie di derogazioni al Codice Napoleone apportate dal Codice di procedura non deggionsi presumere, e qui in particolare l' art. 174 ha riprodotto un testo della ordinanza cui anche un tempo sì poco avevasi riguardo, in quanto che non veniva osservato in pratica (confr. Maleville, su l' art. 798; Demante, t. III, n. 121 *bis*; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 735).

Se il novello termine siasi accordato per distendere inventario, il termine per deliberare decorrerà dal giorno della chiusura dello inventario (art. 174, Delvincourt, t. II, p. 31, nota 4).

294. — 3°. Da ultimo nulla limita la durata del termine che il magistrato potrà accordare. A dir vero ci parrebbe malagevole lo ammettere che tal proroga potesse eccedere la durata normale dei termini legali; e precisamente questa fu la osservazione fatta dal tribunal di cassazione in tempo della discussione del progetto (Fenet, t. II, p. 571). Ma almeno in tali limiti i magistrati potrebbero, secondo le circostanze, accordare quel termine che stimassero conveniente, per esempio un termine di due mesi (confr. decis. C. di Parigi 11 fruttidoro anno XIII, Hoppey, Sirey, 1807, II, 884-885).

295.—Nel corso della durata della proroga accordatagli dal magistrato, l'erede non può venire astretto ad assumere qualità e può opporre la eccezione dilatoria a' procedimenti contro di lui diretti.

Ma allora chi debbe mai soggiacere alle spese?

La risposta è la seguente:

Art. 799—746: « Le spese della lite, nel « caso del precedente articolo, sono a carico « dell'eredità quando l'erede giustifichi o che « non era informato della morte o che i ter- « mini sono stati insufficienti, sia a cagione « della situazione de'beni, sia per causa di so- « pravvenute controversie: in mancanza di tali « giustificazione le spese restano a suo carico « personale. »

Laonde la concessione di novelli termini non ha sempre per risultamento esimere l' erede dallo spese giudiziali fatte dopo il trascorrimento de'termini legali; ed è uopo inoltre all'obbietto giustificarsi da lui, sia che abbia ignorata la morte, sia che i termini ordinarii sono stati insufficienti; per modo che il magistrato non ha, per esimere l'erede dalle spese giudiziali, lo stesso potere prudenziale a lui competente per accordargli una proroga di termine.

È questa la generale dottrina (confr. *supra*, n. 287; Delvincourt, t. II, p. 31, nota 5; Duranton, t. VII, n. 21; Chabot, art. 798, n. 5; Poujol, art. 797-799, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 295; Massé e Vergé, t. II, p. 323-324; Demante t. III, n°. 121; D., *Rac. alfab.*; v. *Succss.*, n. 739.)

Non pertanto cotesta dottrina è stata di recente oppugnata; e si è preteso *che il magistrato*, il quale non può accordare o negare arbitrariamente la proroga de'termini, debbe accordarla ne'casi contemplati con l'art. 799, il quale annodasi all'art. 798, val dire quando l'erede non abbia conosciuto la morte o i termini sieno stati insufficienti; e che conseguentemente la concessione de'termini implicando di necessità la idea non essere in colpa l'erede, le spese debbono sopportarsi, in tutti i casi, dalla eredità (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n°. 608).

Cotesto argomento è specioso; e l' art. 4 del titolo VII della ordinanza del 1667 avrebbe potuto nondimeno, per la forma della sua compilazione, molto sorreggerlo.

Ma nulladimeno, già un tempo, Pothier scriveva che *le spese di tali proroghe debbono sopportarsi dall'erede che è in mora* (*delle Success.*, cap. III, sezione V); e tale ci sembra essere stato pure lo intendimento degli autori del nostro Codice. La pruova si

è che il progetto conteneva un articolo così concepito.

« Le spese di tali procedimenti, *sino e compresa la sentenza che accorda il novello termine*, sono a carico dell'erede, senza ripetizione avverso la eredità. . . » (Fenet, t. II, p. 142 e 574).

La stessa disposizione viene riprodotta, comunque meno esplicitamente, dagli art. 798 e 799—715 e 716. Il legislatore avrà indubitatamente divisato che conveniva lasciare al magistrato la facoltà di accordare secondo le circostanze, un novello termine all'erede anche quando non andasse affatto immune da indugio quante volte tal proroga non arrecasse nocumento ad alcuno.

296.—Altronde è manifesto che l'erede dovrebbe pure andare immune dalle spese giudiziali fatte dopo trascorsi i termini legali, anche quando non dimandasse una proroga, qualora, avendo ignorato la morte, rinunziasse, o accettasse col beneficio dell'inventario immediatamente dopo il primo procedimento che gliene avesse dato cognizione.

Se gli articoli in esame (797 - 798) sembrano esonerarnelo quando dimandi un novello termine, la ragione si è che suppongono volere egli di fatti esaminare e deliberare.

Ma la ragione per cui le spese non sono a suo carico si è non esservi luogo ad ascrivergli alcuna colpa, nè indugio, nè trascuraggine, nè esitazione; or tal ragione ad evidenza è la stessa per tutti i casi, a qualunque partito l'erede si ottenga nel primo momento in cui sappia trovarsi la successione aperta a suo pro (confr. decis. C. di Colmar 24 dicembre 1830, Aron, D., v. *Success.*, n. 739; Duranton, t. VII, n. 21; Zachariae, Massé e Vergé t. II, p. 322).

297. — Dal fin qui esposto risulta che i termini *legali o giudiziali*, dei quali abbiamo trattato, riguardano il dritto di agire dei creditori o altri interessati, e che non concorrono menomamente la facoltà di accettare o rinunziare in sè stessa considerata.

Di fatti l'art. 800 — 717 statuisce:

« L'erede, benchè siano scorsi i termini « accordati dall'artic. 795, e quelli concessi « dal giudice in conformità dell'art. 798, ha « nondimeno la facoltà di fare l'inventario, « e di qualificarsi erede beneficiato, quando « non abbia esercitato altronde verun atto « proprio di erede, e se non vi sia contro di « lui qualche sentenza passata in giudicato, « la quale lo condanni nella qualità di erede « puro e semplice. »

E non solo l'erede può ancora accettare col beneficio dell'inventario, ma può altresì accettare puramente e semplicemente o rinunziare.

In buona sostanza cotesto stabilimento dei termini è estraneo alla quistione qual sia la durata, per l'erede, della facoltà di accettare o rinunziare; la qual quistione ci facciamo ora a risolvere.

298. Nondimeno faremo pure una ultima riflessione circa questo subbietto.

Tal situazione provvisoria e di aspettativa, la quale non dura meno di tre mesi e quaranta giorni, e la quale può prorogarsi anche di più, non va forse incontro ad inconvenienti?

Al certo era giusto lasciare all'erede il tempo ed i mezzi di ottenere chiarimenti e riflettere.

Ma conveniva forse all'obbietto paralizzare i dritti dei creditori e degli altri interessati, e tenerli così in sospeso ed interdetti? Cotesta forzata aspettazione può al certo non andare esente, per essi, da perigli e nocumenti.

Dunque forse non sarebbe stato possibile conciliare tutti gl'interessi, constituendo, duranti questi termini, l'erede amministratore dell'eredità con poteri pressappoco simili a quelli dei curatori destinati ad un'eredità giacente? (Art. 811 — 733).

§ II.

Della epoca in cui possono farsi l'accettazione o la rinunzia.

SOMMARIO.

299.—Due epoche deggionsi determinare; cioè la prima, innanzi della quale l'accettazione e la rinunzia non possono aver luogo: la seconda, dopo la quale non possono più aver luogo.
300.—A. 1°. Non puossi accettare nè rinunziare la eredità prima della apertura della successione.
301.—Continuazione.
302.—Continuazione.
303.—2°. È uopo che chi accetti o rinunzii abbia conoscenza dell'apertura della successione.
304.—3°. Non è forse necessario altresì che chi accetti o rinunzii venga chiamato alla successione?
305.—Continuazione.
305 *bis*.—Non è necessario che chi accetti o rinunzii sappia per qual porzione venga chiamato alla eredità.
306.—B. Dell'epoca dopo la quale l'accettazione o la rinunzia non possono più farsi.—Art. 789.

307.—Dell'antice diritto intorno a colesto subbiatto.—È mestieri non cuofondare la prescrizione della facoltà di accettare e rinunziare con la prescrizione delia petiaione di eredità.

308.—L'art. 789 ha dato luego ad ienumeri e varie leterpatrazioni che conviene rapidamente esporre:

309.—A. Prima epinione: l'erede, trascorso il trentennio, sarebbe simultanesmente accettante e rieunzienta.

310.—B. Seconda opiniene: l'erede debbesi considerare rinunziante.

311.—C. Terza opinione: è uepo distinguere se, nel cerso del trentennio, il posseso della eredità siesi prese da parenti, sia delle stesso grado, sia di un grade ulteriera, o non siasl preso da alcun parenta.

312.—D. Quarta opiniona: il parente piu prossimo, il quala abbia lasciate trascorrere un trentennie senza accettare nè rinunziara trovasi decaduto dalla facoltà di accettare, verso i parenti dello stesso grado ulteriere, i quali abbian preso possesse della eredità, anche quando il possesso di costoro non sia durato un trentennio;

313.—E. Quinta opinione: è uopo distinguere se l'erede sia rimasto in possesso per ne treetennio, evvero abbia, per centrario, rinunaiato.

314.—F. Sesta opinione: è uopo distinguere i successori regolari da'succcessori irregolari.

315.—G. Settima opinione: l'erede, trascorso il trentennie, debbe venir considerato diffinitivamente erede pure e semplice.

316.—Quale è mai il pento da cui debbe cominciare a computarsi tal prescrizione trenteunale?

317.—L'erede può ferse ancera, depo trascorso il trenteenio, accettare col beneficio dello inventario?

317 *bis*.—*Quid*, se la eredità trovasi gravata di un diritto di usufrutto a pro di ue terzo? la prescrizione decorre forse contro l'erede durante l'usufrutto medesimo?

318.—Conclusione.

318 *bis*.—Noe puossi più rinunziare dopo avere accettato.— Si può forse accettare dopo aver rinunziate?

299. — Puossi affermare doversi qui distinguere due epoche:

La prima, innanzi della quale l'accettazione o la rinunzia non possono aver luogo;

La seconda, dopo la quale non possono più aver luogo.

Nè troppo presto! nè troppo tardi!

Esaminiamole soccessivamente.

300. — A. 1° E primieramente, per potersi accettare o rinunziare la eredità, è mestieri, innanzi tutto, trovarsi aperta la successione.

A norma dell'art. 791—708:

« Non si può nemmeno nel contratto di « matrimonio rinunciare all'eredità di un » uomo vivente, nè alienare i diritti eventuali « che si potrebbero avere a tale successione. » « (Agg. art. 1130 e 1600—1084 e 1445).

Se questo articolo vieta le rinunzie a future eredità, la ragione si è che la nostra antica giurisprudenza ammettendo, in alcuni casi, tali rinunzie, l'odierno legislatore ha creduto dovere specialmente statuirvi; mentre l'accettazione di una successione non aperta, non essendo stata, per contrario, giammai permessa, gli è potuto sembrare inutile uno special decreto (*ved.* altronde art. 1130—1084).

L'accettazione, qualunque siane il modo, o la rinunzia non possono ad evidenza concepirsi senza oggetto: or, fino a quando non aprasi la successione, non avvi oggetto; non evvi alcuna cosa!

Aggiungansi la sconvenienza e la immoralità di queste specie di patti, la mancanza di libertà o piuttosto il morale costringimento, il quale quasi sempre, in simil caso, vizierebbe i consensi, da ultimo il sociale periglio, emergente dall'alterazione e dal perturbamento, che potrebbero, multiplicandosi, arrecare nella ereditaria trasmissione dei beni, tal quale trovasi fermata dal legislatore pel maggiore interesse dello Stato.

Indubitatamente ciò è bastevole per giustificare tal divieto, sotto il duplice punto di veduta del privato e del pubblico diritto.

301. — Quindi non ammettiamo più oggidì la eccezione fattavi un tempo.

È ben vero che la nostra antica giurisprudenza aveva statuito, in conformità del diritto romano, non potersi rinunziare alla eredità di una persona vivente (L. 174, § 1, ff, *de regul juris*; Pothier, *delle Success.*, cap. 1, sez. II, art. 4, § 3, e cap. III, sez. III).

Ma nulladimeno permetteva le rinunzie ad eredità future nei contratti di matrimonio, da parte delle figliuole a pro dei loro fratelli, ed eziandio da parte dei maschi secondogeniti, *ad oggetto*, dicevasi, *di conservare i beni nella famiglia, e mantenere, in tal guisa, lo splendore del nome* (Pothier, *loc. supra*; Lebrun, lib. III, cap. VIII).

Già la legge del 15 aprile 1791, con lo abolire il diritto di primogenitura e le esclusioni consuetudinarie, aveva inibito, per l'avvenire, le rinunzie alle eredità future (*ved.* il t. I, n. 356); e la Convenzione positivamente statuì che « nè il matrimonio di uno degli eredi presuntivi, sia in linea retta, sia in linea collaterale, nè le disposizioni fatte nel contrarre il matrimonio potranno venirgli opposte per escluderlo. » (Confr. legge del 5 nebbioso anno II, art. 13; legge del 18 piovoso anno V, art. 10).

Il nostro Codice ritenendo, in questo punto, le disposizioni del diritto intermedio, vie-

ta parimente ogni rinunzia, *eziandio per contratto di matrimonio*, alla eredità di una persona vivente, e tutti i patti qualsivogliano sopra siffatta eredità (*ved.* nondimeno, qual modificazione di questo principio, gli articoli 764 e 918—677 ed 834).

302.—Essendo nulla l'accettazione o la rinunzia di una successione non aperta, ne conseguita che se, dietro la falsa notizia della morte di una persona, il suo parente, capace di succederle, abbia accettato o rinunziato la eredità, non trovasi menomamente vincolato con la sua accettazione nè con la sua anticipata rinunzia, eziandio nel caso in cui la predetta persona morisse quasi immediatamente dopo; e questo parente, divenuto erede, potrebbe conseguentemente accettare, dopo aver rinunziato, o rinunziare dopo avere accettato, purchè non avesse fatto, dopo la morte, novelli atti producenti accettazione (Confr. arresti C. cass. 5 termidoro anno XII, Sirey, 1805, I, 17; 8 feb. 1840, Sirey, 1840, I, 233; decis. C. di Bourges 22 lug. 1828, Sirey 1830, II, 74: L. 27, ff. *de adquir. vel omitt. haeredit*; Malpel, n. 186 e 330, Chabot, art. 774, n. 3; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3; Toullier, t. II, n. 315; Duranton, t. VI, n. 364 e 473; Fouët, de Conflans, su l'art. 774).

303.—2° Non basta che la successione sia aperta; ma è necessario inoltre, per poter venire validamente accettata o rinunziata la eredità, che l'accettante o il rinunziante abbia, nel momento medesimo, la cognizione precisa ed indubitata dell'apertura della successione; dappoichè l'accettazione o la rinunzia sono atti di volontà; e noi non possiamo, diceva Pothier, voler accettare nè rinunziare una successione che ignoriamo essersi aperta (*delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3; agg. Domat, lib. I, t. III, sez. II.

Il possesso legale, attribuito di pieno diritto all'erede, è ben diverso dall'accettazione o dalla rinunzia, i quali sono atti di volontà e non possono concepirsi senza *la scienza* del fatto cui si applicano.

E non solo l'accettazione o la rinunzia sarebbero nulle, comunque fatte dopo l'apertura della successione, se chi le ha fatto credesse, per contrario, non trovarsi aperta la successione: *haeres, si putet testatorem vivere, quamvis defunctus sit, adire haereditatem non potest* (L. 32, ff. *de adq. vel omitt. haered.*)

Ma forse converrebbe pure così statuire, nel caso in cui fosse nella incertezza circa il fatto dell'apertura della successione ed in cui si fosse determinato ad accettare o rinunziare secondo congbietture o probabilità più o meno verosimili.

Non pertanto è manifesto che, in tali ipotesi, e segnatamente nell'ultima, chi pretendesse rendere dall'accettazione o dalla sua rinunzia, con massima difficoltà potrebbe ciò fare; dappoichè la successione trovavasi aperta, e gli tornerebbe quasi sempre impossibile dimostrare che nell'accettare o rinunziare alla eredità non sapeva ciò che facesse e che non abbia voluto agire scientemento. « Ecco perchè, insegnava Furgole, debbesi poco aver riguardo alla pruova di tal conoscenza della morte del testatore, e se spetti all'erede il dimostrare la conoscenza o la sua ignoranza, sul quale subbietto, egli aggiunge, gli autori muovono multiplici quistioni oziose, le quali non sono in pratica di veruna applicazione. » (*Dei Testam.*, cap V, sez. I, n. 83, confr. Chabot, art. 775, n. 4; Duranton, t. VI, n. 365; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 576).

304.—3° Conviene forse non richiedere, come terza preventiva condizione della validità dell'accettazione o della rinunzia, che l'accettante o il rinunziante trovisi in quel momento chiamato alla successione?

Il parente di secondo grado, per esempio, può forse validamente accettare o rinunziare, quante volte il parente di primo grado non abbia rinunziato?

I romani giureconsulti insegnavano la negativa: « *sed ita demum pro haerede gerendo adquiret haereditatem*, AI JAM SIT EI DELATA » (l. 13, § II, e l. 21, § II, ff. *de adq. vel. omitt. haeredit.*)

Tale era pure la dottrina dei nostri antichi autori francesi (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3, ed Introd. al tit. XVIII, della cons. di Orleans, n. 66; Domat, *loc. supra*).

E cotesto sentimento viene parimente professato sotto lo impero del novello diritto, da molti giureconsulti. L'accettazione o la rinunzia sono, dicesi, atti di volontà: or questa volontà può sussistere effettivamente sol quando trovisi accompagnata dal diritto che vuolsi acquistare o rinunziare; diversamente la volontà stessa rimane priva di obbietto; e tanto precisamente suppone l'art. 775—692, quando dichiara nessuno esser tenuto accettare una eredità *che gli sia devoluta* (confr.

Delvincourt, t. II, p. 27, nota 2; Duranton, t. VI, n. 366 a 473; Chabot, art. 774, n. 6; Taulier, t. III, p. 222; Tambour, p. 269).

Rispetto a Toullier, avvisa per la validità dell'accettazione, e per la nullità della rinunzia (t. II, confr. n. 316 e 340.)

A noi pare indubitato che la soluzione debba essere la stessa nei due casi, sia di accettaziono, sia di rinunzia; e, a creder nostro, la miglior soluziono sarebbe dichiarare allora valide l'accettazione o la rinunzia.

Coloro i quali opinano che il possesso ereditario vada collettivamente attribuito a tutti i parenti del defunto sino all' ultimo grado successibile possono di leggieri giustificare tal soluzione derivante naturalmente dalla loro dottrina (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 244-245.)

Ma siccome non abbiamo ammesso cotesta dottrina (*ved.* t. I, n. 148), non sapremmo accettare qui il suo sostegno; e, in quanto a noi, suggeriamo il seguente mezzo:

Una persona a pro della quale un dritto condizionale può sorgere per un avvenimento qualsivoglia può, per regola generale, eccetto quando lo inibisca un testo speciale, rinunziare a tal dritto o accettarlo innanzi che segua lo avvenimento (confr. artic. 1130, 1180 ec. — 1084, 1133.)

Or il parente di secondo grado vien chiamato, almeno condizionalmente ed eventualmente, alla successione pel caso in cui il parente di primo grado vi rinunziasse;

Dunque nulla impedisce che egli accetti o rinunzii, innanzi dello avveramento di questa condizione, il dritto eventuale a lui competente; dappoichè gli art. 791 e 1130—708 e 1084, i quali vietano ogni patto intorno ad una futura successione non si potrebbero qui invocare, trovandosi aperta la successione.

Suppongasi di fatti che il parente più remoto in caso di assenza del parente più prossimo, abbia preso possesso della eredità e fatto atti evidenti o reiterati di accettazione: forse potrebbe pretendere che tale accettazione non l'abbia vincolato, se il parente più prossimo, ritornato, rinunziasse alla eredità, ovvero si limitasse a non dimandarla? articolo 136, 785 — 142, 702). Eh! perchè dunque? Forse non si ha formato con massima spontaneità cotesta posizione, che egli vuole attualmente eliminare? E, essendo indubitato avere accettato, non iscorgesi per qual motivo tale accettazione svanirebbe, precisamente perchè rimane a lui la eredità e repulasi essere stato sempre crede (artic. 785; confr. Toullier, t. II, n. 316; Vazeillo, artic. 775, n. 4; Belost-Jolimont, sopra Chabot, art. 774, *Osserv*, 2; Malpel, n. 186 a 330; Mourlon, il quale cita in questo senso Valette, tom. II, pag. 87; Zachariae, Aubry e Rau, tom. IV, p. 244; Massé e Vergé, t. II, p. 299).

305. — Ma dalla testè fermata soluzione non converrebbe inferire che il parente di secondo grado trovisi legalmente constituito in mora di accettare o rinunziare, e che la prescrizione stabilita dall' artic. 789 — 706 decorra contro di lui, fino a quando lo stesso parente di primo grado non abbia deliberato.

Dal potersi contrattare intorno ad un dritto condizionale senza attendere lo avvenimento della condizione, di fatti, non conseguita che la prescrizione decorra sino a che non si avveri la condizione (art. 2257 — 2163).

E qui particolarmente ci pare indubitato che la prescrizione stabilita con l' artic. 789 possa decorrere avverso il parente di secondo grado sol quando:

1° La eredità siagli devoluta mercè la rinunzia del parente di primo grado;

2° Ed inoltre a computare dal giorno soltanto in cui abbia avuto conoscenza della devoluzione seguita a suo pro.

Imperocchè trattasi di una facoltà offerta dalla legge all' erede da essa investito della eredità: or è manifesto, da un lato, che l'erede impossessato è il solo in mora di esercitarla; e d' altro lato, che il termine conceduto gli per lo esercizio di questa facoltà non può decorrere contro di lui fino a che ignori la sua chiamata. Diversamente, dice benissimo Demante, converrebbe sostenere che un diritto possa cominciare a prescriversi innanzi di principiare ad esistere (t. III. n. 110 *bis*; *ved.* pure *infra*, n. 316).

305 *bis*. — Altronde ciò che è indubitato si è non esser necessario che l' accettante o il rinunziante sappia per qual porzione veniva chiamato alla eredità, per esempio, se per metà o per un quarto. Basta che abbia saputo trovarsi aperta la successione ed essergli devoluta la eredità, nulla monta in qual proporzione (arg. dall' art. 786—703).

306. — B. Dobbiamo ora determinare la seconda epoca, cioè quella dopo la quale non possono più farsi l' accettazione o la rinunzia.

E ciò ci conduce alla disamina dell' articolo 689—706:

« La facoltà di accettare o rinunziare una

« eredità si prescrive col decorso del tempo « richiesto per la più lunga prescrizione dei « diritti sui beni immobili. »

Val dire col trentennio (art. 2262—2169).

E bentosto ravviseremo qual sia il punto da cui debba cominciare a decorrere (*infra*, n. 316).

Forse nessuna altra disposizione del Codice è sembrata generalmente più equivoca ed oscura di questa: quindi ha fatto sorgere infinite e varie interpetrazioni, che finora è tornato impossibile conciliare.

307. — Non sembra che il nostro antico diritto abbia sottoposto ad una prescrizione qualsivoglia la facoltà conceduta all' erede di accettare o rinunziare.

Indubitatamente la petizione di eredità poteva un tempo, come oggidì, estinguersi mercè la prescrizione; ma è forza non confondere la prescrizione della facoltà di accettare o rinunziare, intorno a cui ragioniamo, con la prescrizione della petizione di eredità.

La prescrizione della petizione di eredità suppone che un terzo, un estraneo o un parente più rimoto, poco monta, abbia preso possesso, *pro haerede*, della eredità, e che abbia continuato a possederla *animo domini* durante il tempo sufficiente ad acquistarla con la prescrizione; ed èaffatto semplice che, quando l' abbia così acquistata, l' erede, da parte sua, abbia duvuto perderla di necessità: è questo l' effetto ordinario della prescrizione ad oggetto di acquistare, la quale estingua il diritto dell' uno stabilendo a pro dell'altro.

Sommamente diversa è la facoltà di accettare o rinunziare, la quale non suppone essersi preso possesso della eredità da un altro, e la quale, non collocando l' erede di rincontro ad un terzo possessore, nol constituisce in mora d' instituire un' azione per conservare il suo diritto.

Val dire che la inazione dell' erede, fino a quando rimanga tal situazione la stessa non potendo generare alcun diritto a pro di un altro, sembra non potere a lui medesimo fargliene perdere alcuno; e di fatti il carattere di queste prerogative, denominate *facoltà*, è tale da non poter essere colpite da prescrizione, ovvero in altri termini, da non potersi perdere pel *non uso*, fino a quando rimangono intatte nella nostra persona, e nessun atto di persona terza ci abbia constituito in mora di esercitarle o difenderle (articolo 2232—2138).

Ebbene adunque! il nostro antico diritto applicava qui tal distinzione; e dichiarando prescrittibile la petizione di eredità, dichiarava imprescrittibile la facoltà di accettare o rinunziare.

Relativamente alla facoltà di rinunziare, tal proposizione è incontrastabile, e noi leggiamo dovunque, nelle opere degli antichi autori, che *l' erede può sempre rinunziare... in qualsivoglia tempo*, purchè non abbia già accettato.

Ma, circa la facoltà di accettare, sia puramente e semplicemente, sia col benefizio dello inventario, è mestieri confessare che parecchi tra essi parevano insegnare perdurare un trentennio; e tal differenza tra la facoltà di rinunziare, la quale non estinguevasi giammai, e la facoltà di accettare, la quale estinguevasi pel non uso pel corso di un trentennio sembrava essere, a credere di questi autori, una conseguenza della massima da essi ancor propugnata il possesso non doversi ritorcere avverso l' erede, il quale conseguentemente non doveva mai, dicevasi, trovarsi erede suo malgrado. L' art. 24 del titolo XXI della consuetudine di Audenarde dichiarava pure positivamente che i parenti chiamati alla successione *potranno dichiararsi eredi nel tempo prefisso all' uopo dalla legge* (confr. Lebrun, lib. III, cap. IV, sez. 1 n. 41, e cap. VIII, sez. II, n. 36; Claudio Ferrieres, *Diz. di pratica*, v. *Lettere di benefizio d' invent.*; Merlin, *Rep.* v. *Erede*, sez. II, § 1, n. 3).

Non pertanto altri autori, ed anche i migliori parevano per contrario dichiarare nel tempo stesso imprescrittibile la facoltà, sia di accettare, sia di rinunziare.

« L'erede, diceva Pothier, trovasi sempre in tempo di accettare la eredità, quante volte non vi abbia rinunziato » (Introd. al tit. XVII, della consuetudine di Orleans, n. 43).

Ed alquanto più lungi, nel n. 66, ragionando della rinunzia, soggiugne:

« Si può sempre rinunziare alla eredità, quante volte non siasi accettata » (*ved.* eziandio *Trattato delle success.* cap. III, sez. IV, § 2).

Furgole è del pari esplicito relativamente alla facoltà di accettare:

« La eredità, egli dice, potrebbesi accettare, eziaudio dopo il trentennio dal dì della morte del defunto; dappoichè il diritto troverebbesi perduto, per non essersi acquistato da un altro. » (*Dei testam.*, cap. X, sez. 1, n. 160; coufr. arresti C.cass. 23 gen. 1837, de Larrcy, Dev., 1837, 1, 393; 14 lug. 1840,

Boweman, Dev., 1840, I, 590; 25 mag. 1840, Cheval, Dev., 1840, 1, 625.)

308.—Dunque puossi in ultima analisi considerare l'art. 789 introduttivo di un novello diritto.

E non pertanto indarno vorrebbero indagati, nei lavori preparatorii, lo intendimento del legislatore ed il senso della disposizione da lui fermata.

Talune osservazioni, poco precise, dei tribunali di Caen, di Metz e di Mompellier circa il progetto di detto articolo, sono tutto ciò che rinviensi! (Confr. Fenet, t. III, p. 345, e t. IV, p. 381 e 440.

Cotesto silenzio degli autori della legge riesce tanto più spiacevole in quanto che l'art. 789 è quindi addivenuto nel nostro Codice una specie di enigma, di cui tutti gli sforzi dei comentatori non han forse ancor potuto disvelare la vera significazione.

Torna indubitato che abbiasi voluto, stabilendo tal prescrizione, impedire che la inazione dell'erede possa indefinitivamente prolungare uno stato d'incertezza, onde possono venire offesi molti interessi.

Ma qual mezzo si è messo in opera per porvi un termine? e che mai dinota cotesta prescrizione trentennale la quale, in conformità del senso letterale della legge, parrebbe applicarsi simultaneamente a due facoltà esclusive l'una dell'altra?

Imperocchè alla per fine dilemma:

O è mestieri che l'erede accetti per acquistare la eredità; ed allora non abbisogna di rinunziare; e non comprendesi esservi una facoltà di rinunziare la quale possa perdersi mercè la prescrizione.

O per contrario è mestieri che l' erede rinunzii per divenire estraneo alla eredità; ed allora non abbisogna di accettare; e non comprendesi esservi una facoltà di accettare prescrittibile.

In somma il possesso ha forse luogo sotto condizione sospensiva? l'erede può semplicemente avere la facoltà di accettare.

Il possesso ha forse luogo sotto condizione risolutiva? l' erede può avere semplicemente la facoltà di rinunziare.

Ma abbiamo già osservato che, da lungo tempo, il carattere del possesso ereditario era stato il subbietto di molte contese, e che lo stesso nostro Codice offeriva le orme dello contraddizioni e delle innocenze onde il subbietto medesimo un tempo andava ricolmo. Laonde gli art. 777 e 785—694 e 702 presentano tra essi una contrarietà di dottrina tale da sembrare appartenere a due diversi sistemi di legislazione (*ved.* il t. I, n. 135): or, in quanto a noi, avvisiamo che lo stesso art. 789 è pure un vestigio avventurato di quelle antiche dispute.

Checchè ne sia, conviene che sappiamo qual sia, dopo il trentennio, la posizione dell'erede.

Dunque dobbiamo scendere alla disamina delle principali interpetrazioni enunciate nel ragionare dell'art. 789; e dappoi dimostreremo in qual modo debbasi, a creder nostro, intendere ed applicare.

309.—A. Evvi primieramente una opinione, la quale insegna che l' erede seguita la prescrizione, debbesi considerare simultaneamente accettante e rinunziante, secondo l'interesse del convenuto o dell'attore:

Accettante, rispetto ai creditori della eredità;

Rinunziante, rispetto ai debitori, ai possessori di beni ereditarii, ai coeredi o successibili di grado inferiore in possesso della eredità (Delvincourt, t. II, p. 31, nota 6; agg. Delaporte, *Pandette franc.*, t. III, p. 170; Coulon, *Quist. di dir.*, t. I, p. 5.)

Cotesto sistema, da Delvincourt dichiarato *il solo possibile*; dappoichè, egli dice, *la legge è chiara*, ci sembra non pertanto affatto inattendibile.

Non ci fermeremo a dimostrare che i due testi di leggi romane, su cui viene precipuamente poggiato (l. 69, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*; e l. 22, § 14, Cod. *de jure delib.*), hanno remotissimo rapporto con la quistione di prescrizione in esame, e che si è potuto altrondo trarne argemento per manifesta confusione fra l' antico diritto romano ed il novello diritto da Giustiniano stabilito (confr. Gajo, *Inst. comm.* II, § 167.)

Ci basta a far notare:

1° Che tal sistema osteggia l'art. 789, il quale dichiarava estinta, dopo il trentennio, non la facoltà di accettare e rinunziare, ma la facoltà di accettare *o* rinunziare;

2° Che produce il risultamento gravamente antilogico, ed anche più gravemente iniquo, che l'erede troverebbesi simultaneamente, trascorso il trentennio, privo dell' attivo ereditario e non pertanto tenuto a sopportare il passivo! È ben vero che, per attenuare questa conseguenza, si riserva all'erede, trascorso il trentennio, la facoltà di accettare col benefizio dello inventario; ma precisamen-

le ciò constituisce una novella trasgressione dell'art. 789 (*infra*, n. 317).

310.—B. A norma di una seconda opinione l'erede, il quale abbia serbato il silenzio per un trentennio, debbesi considerare rinunziante ; e conseguentemente diviene affatto estraneo alla eredità, al suo attivo ed al suo passivo (confr. decis. C. di Parigi 3 feb. 1848, Barrè, Dev., 1848, II, 261; Malleville su l'art. 789; Duranton, t. VI, n. 488; Malpel, n. 336 e seg.; Vazeille, *delle Prescrizioni*, t. I, n. 365):

1° A norma dell'art. 775 — 692, nessuno è tenuto accettare una eredità devolutagli;

Or, diecsi, l'accettazione emergente dal solo trascorrimento del trentennio, senza alcun fatto del successibile, constituirebbe effettivamente una forzata accettazione!

2° Tale accettazione sarebbe, per l'erede, piena di perigli; potendo trovarsi irrevocabilmente obbligato, senza saperlo, nella onerosa eredità di un parente lontano, trapassato forse in paese straniero, di cui avesse ignorato la morte ed eziandio talvolta la esistenza! eredità che forse gli sarebbe stata devoluta per effetto delle successive rinunzie di tutt' i parenti che il precedevano, e che avrebbe del pari ignorate!

3° Se si oppone a cotesta opinione l' articolo 784 — 701, a norma di cui la rinunzia ad una eredità non si presume, risponde che il predetto articolo deve ravvicinarsi agli artic. 724 e 789 — 645 e 706 : la regola a norma di cui la rinunzia non si presume è, dicesi, una immediata conseguenza del possesso legale, e la quale può sussistere sol quando il possesso medesimo sussiste: or, trascorso il trentennio, il possesso legale sparisce in persona dell' erede ; il quale non abbia risposto alla chiamata della legge : dunque la legale presunzione dev' essere allora aver rinunziato e non già accettato.

4° Ma come mai spiegare, in tal sistema, lo art. 789 ? *La facoltà di accettare* trovasi perduta ! ma *la facoltà di rinunziare*, di cui parla eziandio quello articolo, che addiviene e come può perdersi ?

Frà sostenitori di tale opinione alcuni han risposto in modo più sottile che soddisfacente, che perdendo la facoltà di accettare il successibile perde di necessità, nel tempo stesso, la facoltà di rinunziare: *quod quis, si velit habere, non potest, repudiare non potest* (Malpel, n. 336).

Altri hanno lealmente confessato che la espressione *o di rinunziare* adoperata nell'art. 789 non vi si poteva rinvenire che per errore e che facesse mestieri eliminarnela (Vazeille; *ved.* pure Duranton, *loc. supra*).

Ma cotesto metodo è pur troppo speditivo! e cotesto medesimo sistema a prescindere dal dipartirsi dai veri principii, come dimostreremo, spontaneamente confessa così la sua incapacità d'interpetrare l'art. 789.

311.—C. Una terza opinione insegna che, per conoscere qual sia, trascorso il trentennio, a norma dell'art. 789, la posizione del parente più prossimo, il quale abbia serbato silenzio, è uopo distinguere due ipotesi, per applicarlo alternativamente, secondo le circostanze, ora alla facoltà di rinunziare, ora alla facoltà di accettare :

O il possesso della eredità è stato preso, durante questo termine, da successibili, sia dello stesso grado, sia di grado ulteriore ;

O per contrario nessuno altro successibile ha preso possesso della eredità.

Nella prima ipotesi il successibile chiamato in primo luogo trovasi decaduto dalla facoltà di accettare, val dire che non può più escludere, con la sua accettazione, il parente dello stesso grado o di grado ulteriore, in possesso della eredità; e conseguentemente diviene estraneo alla eredità a prescindere da ogni rinunzia.

Nella seconda ipotesi il parente chiamato in primo luogo trovasi decaduto, per contrario, dalla facoltà di riaunziare, val dire che rimane irrevocabilmente erede, ed eziandio erede puro e semplice, a prescindere da ogni accettazione (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 246 e seg.)

Cotesta teorica del giureconsulto tedesco è dessa medesima conseguenza di altra teorica, da noi già esposta, ed a norma di cui, a credere dello stesso autore, il possesso ereditario apparterrebbe collettivamente a tutti i parenti del defunto in grado di succedere.

Ciascuno dei parenti successibili avendo quindi diritto d'impossessarsi della eredità, la prescrizione della facoltà di accettare o rinunziare decorre parimente avverso ciascuno di essi, a cominciare dal giorno dell'apertura della successione ; se dunque il parente chiamato in primo luogo rimanga, durante il trentennio, nella inazione, mentre per contrario il parente dello stesso grado o di grado ulteriore, ha preso possesso della eredità prima del decorso del trentennio, discende, dicesi, da questa duplice circostanza la conse-

guenza che, da un lato, il parente più prossimo, avendo lasciato decorrere contro di lui la prescrizione, ha perduto il diritto di escludere, con la sua accettazione, i successibili, i quali han preso possesso della eredità; e d'altro lato, che questi successibili trovandosi, per contrario, sottratti alla prescrizione, han consolidato nella loro persona il possesso ereditario; e siccume trattasi qui di una prescrizione estintiva, il cui effetto è stato di distinguere, attivamente e passivamente, il possesso in persona del parente più prossimo, così non è necessario che i parenti dello stesso grado o di grado ulteriore abbiano posseduto l'eredità per un trentennio; bastando essersene impossessati innanzi di trascorrere il trentennio, val dire avere impedito estinguersi il possesso eziandin nella loro persona.

Quando, per contrario, non siasi preso possesso della eredità nel trentennio da altri successibili, il parente più prossimo non ha potuto decadere dalla facoltà di accettare; avvegnachè può, dicesi, perdere questa facoltà solo rispetto a persone cui la legge conferisce diritto di accettare in sua vece, e le quali soltanto han qualità per invocare avverso di lui la decadenza dalla facoltà di accettare. Se dunque trovisi unicamente incontro ad estranei, a legatarii, per esempio, a debitori, o possessori di beni ereditarii, rimane, dopo trenta anni d'inazione, irrevocabilmente impossessato, salvo l'effetto unico della prescrizione della petizione di eredità o di ogni altra prescrizione ad oggetto di liberarsi o acquistare incorsa a pro di un terzo.

Confesseremo trovarsi cotesto sistema conceputo e formato con altissima sagacia; ma a noi pare similmente inaccettabile:

1° Perchè, a creder nostro, osteggia l'artic. 798, il quale stabilisce non due facoltà distinte, l'una di accettare, l'altra di rinunziare, le quali si applicherebbero alternativamente in diverse ipotesi, ma una sola ed unica facoltà, cioè *la facoltà di accettare o rinunziare*;

2°. Perchè suppone un possesso ereditario collettivo, onde si troverebbero investiti tutti i parenti in grado di succedere, mentre il Codice, per contrario, attribuisce il possesso all'*erede*, val dire semplicemente al parente più prossimo (*ved.* il t. I, n°. 448);

3° Perchè mena da ultimo ad una vera confusione della petizione di eredità con la facoltà di accettare o rinunziare (*supra*, n°. 307).

312.—D. Dobbiamo nondimeno affermare che la moderna giurisprudenza sembra volere stabilire un sistema il quale molto somiglierebbe, sotto alcuni rapporti, a quello del giureconsulto alemanno, senza nulladimeno confondervisi affatto.

In conformità di parecchi recenti giudicati, il parente più prossimo, il quale abbia lasciato trascorrere un trentennio senza accettare nè rinunziare, trovasi decaduto dalla facoltà di accettare, verso i parenti dello stesso grado o di grado ulteriore, i quali abbian preso possesso della eredità, anche quando il possesso di costoro non sia perdurato un trentennio: invocasi. per giungere a tal conseguenza, l'art. 777—694, a norma di cui lo effetto dell'accettazione risale al giorno dell'apertura della successione: dalle quali cose risulta, dicesi, che *l'erede accettante reputasi, per la finzione legale, possedere i beni ereditarii a computare dal dì della morte...* » (Confr. decis. C. di Rouen 6 giugno 1838, D'Imbleval, Dev., 1839, II, 129; arresto C. cass. 14 giugno 1840, Bowermann, Dev., 1840, I, 590; decis. C. di Parigi 12 dic. 1851, Saulx-Tavaune, Dev., 1854, II, 769; arresto C. cass. 13 giugno, il prefetto della Senna, Dev., 1855, I, 789.)

Abbiamo gia avvertito quando cotesta dottrina ci sembra oppugnabile (ved. il t. I, n° 161); e di fatti turnerebbe a noi malagevole lo ottenervisi.

Avvisiamo rinvenirsi pure, in questa dottrina, una vera confusione di principii.

A qual titolo ed in forza di qual causa il parente dello stesso grado o di grado ulteriore, il quale abbia preso possesso della eredità da meno di un trentennio, acquista tale eredità, ad esclusione del parente più prossimo, rimasto pel corso di un trentennio nella inazione?

È questo il punto da chiarire, e che la dottrina per noi esposta ci sembra lasciare dubbio ed equivoco.

Forse in forza di una prescrizione ad oggetto di acquistare la eredità, per effetto di cui la petizione di eredità troverebbesi estinta in persona dell'erede? ma allora ciò torna estraneo all'art. 789; ed è mestieri ad evidenza che il possesso di tali parenti, investiti della eredità, senza essere eredi, sia perdurato trenta anni (art. 2262—2169). Non potrebbesi qui invocare l'art. 777—694, il quale dichiara che lo effetto dell'accettazione risale al giorno dell'apertura della succes-

sione; dappoichè l' accettazione così risalente è l' accettazione *dell' erede*: or quei parenti non erano *eredi*! la retroattività è lo effetto dell' accettazione valida di chi aveva qualità per accettare; ma è anteporre lo effetto alla causa lo invocare la retroattività dell'accettazione, quando precisamente l' accettante non poteva acquistare la eredità con *accettazione* ma unicamente col *possesso*! Soggiugneremo che sembrano nel tempo stesso, sotto altri rapporti, sommamente ostili ai veri principii tali idee di retroattività applicate al possesso ad obbietto di acquistare.

Si dirà forse che i parenti dello stesso grado o di grado ulteriore acquistano allora l' eredità indipendentemente da ogni possesso, e per effetto della loro accettazione? ciò ci condurrà all' art. 789; ma primieramente non sarebbe necessario, in tale ipotesi, invocaro, come praticasi, lo effetto retroattivo del *possesso*, risultante dall' accettazione, non essendo allora il possesso la causa efficiente dello acquisto. In secondo luogo è manifesto che tal soluzione supporrebbe che dopo un trentennio d' inazione l' erede impossessato dovrebbesi considerare rinunziante; dappoichè, se dovesse considerarsi accettante, nessuno altro parente avrebbe potuto privarlo della eredità mercè la sua accettazione. E di fatti i giudicati, i quali sanciscono tal dottrina, dichiarano che « *da un lato il coerede negligente reputasi aver rinunziato ad essere rimasto estraneo alla famiglia*; e *d' altro lato il coerede diligente reputasi, per una finzione legale, aver posseduto di fatto e di diritto, a principiare dal giorno della morte...* » (Decis. C. di Parigi 12 dicembre 1851, ed arresto C. cass. 13 giugno 1855, *supra*).

Or avvisiamo per contrario che, trascorso un trentennio d' inazione, l' erede impossessato debbesi considerare accettante (*infra* numero 345).

Dunque ci pare che tal dottrina è equivoca; che non poggia sopra una idea chiara; e che finalmente confonde la prescrizione della petizione di eredità con la prescrizione della facoltà di accettare o rinunziare. Ed è tanto più importante il protestare avverso tal confusione, in quanto che più giudicati sono giunti a sublimarla, per così dire, a principio! (Confr. decis. C. di Bordò 6 mag. 1841, Duranty, Dev. 1844, II, 444).

343.— E. È stata pure proposta altra distinzione, a norma di cui la facoltà di accettare e quella di rinunziare verrebbero applicate eziandio distributivamente a due diverse ipotesi:

O l' erede è rimasto impossessato per un trentennio; e in tal caso, ha perduto la facoltà di rinunziare;

O l' erede ha rinunziato, ed allora, se non ha come poteva, a norma dell'art. 790—707, accettato la eredità nel corso del trentennio, trovasi estinta la facoltà di accettare.

In somma tal sistema poggia su la idea che lo effetto della prescrizione in generale si è confermare diffinitivamente una presunzione qualsivoglia, escludendo in avvenire la pruova in contrario, e che qui in particolare la prescrizione può avere per risultamento il confermare irrevocabilmente la posizione in cui trovavasi l' erede.

Dunque l' erede è rimasto impossessato? la prescrizione conferma il suo possesso, ed il rende irrevocabilmente ereditario.

Per contrario aveva forse rinunziato? la prescrizione conferma la sua rinunzia, ed il rende irrevocabilmente estraneo alla eredità (confr. Chabot e Bolost-Jolimont, art. 789, n. 4; Blondeau, *della Separaz. dei patrim.* p. 617-646; Tambour, *del Benefiz. d' invent.*, p. 266-267).

Cotesta dottrina è di per sè indubitatamente ben fondata; e, in quanto a noi, ne adottiamo pure la duplice conclusione.

Ma è mai vero poter essa giugnere a spiegare l' articolo 789? ciò precisamente non avvisiamo:

1° Perchè applicando separatamente ed alternativamente, da un lato, la prescrizione della facoltà di rinunziare in una ipotesi, e d' altro lato, la prescrizione della facoltà di accettare, in altra ipotesi, tal dottrina dà luogo alla stessa obbiezione da noi fatta ad uno dei precedenti sistemi, cioè di rinvenire due distinte facoltà nell' art. 789, il quale applica per contrario, la prescrizione alla *sola facoltà di accettare o rinunziare* (*supra*, numero 309);

2° Perchè effettivamente non incontrasi, a norma di cotesta dottrina, alcuna prescrizione della facoltà di accettare avverso l'erede impossessato, che ammettesi ad accettare, col benefizio d'inventario, dopo come prima del trentennio (Chabot, *loc. supra*);

3° Finalmente, perchè è affatto inverosimile che il legislatore, stabilendo la regola generale constituente l'art. 789, abbia avuto in mira il caso particolare ed affatto eccezionale dell'art. 790, e di cui non erasi ancora

occupato, quando scriveva l'articolo medesimo.

314.—Tanlier applica altresì distributivamente la prescrizione della facoltà di accettare, e la prescrizione della facoltà di rinunziare, ma sotto un punto di veduta ben diverso:

Trattasi forse di un successore regolare? dice il nostro onorevole collega, dopo il trentennio non potrà più rinunziare.

Per contrario trattasi di un successore irregolare? dopo il trentennio non potrà più accettare (t. III, p. 248).

Questa duplice deduzione è parimente in sè stessa sommamente ben fondata, a parer nostro; ma è malagevole lo ammettere avervi il legislatore posto mente nell'art. 789, il quale ci sembra ad evidenza applicare il diritto di scelta ad una sola e medesima classe di eredi.

315.—G. Ecco finalmente una ultima interpetrazione dell'art. 789, che, in quanto a noi, crediamo dover adottare, e consistente nel considerare diffinitivamente crede, cioè il continuatore ed il rappresentante del defunto, colui avverso il quale è decorsa la prescrizione trentennale fermata col predetto articolo:

1° Da un lato, a norma dell'art. 724, gli eredi legittimi vengono impossessati, di pieno diritto, dei beni, diritti ed azioni del defunto, con l'obbligo di estinguere tutti i pesi ereditarii; e d'altro lato, in conformità degli art. 774 e 775—691 e 692, hanno nel tempo stesso la facoltà di accettare, sia puramente e semplicemente, sia col benefizio dello inventario, ovvero rinunziare: è questa la loro situazione, quella in cui la stessa legge li colloca di pieno diritto;

Or, in conformità dell'art. 789, *la facoltà di accettare* o *rinunziare* si prescrive col trentennio;

Dunque, quando gli eredi abbiano perduto la facoltà di accettare o rinunziare, rimangono in avvenire irrevocabilmente ciò che la stessa legge gli aveva formati, val dire eredi impossessati, con l'obbligo di soddisfare tutti i pesi ereditarii. Ciò che hanno perduto è la scelta dalla legge loro conceduta: di fatti la prescrizione, di cui trattasi qui, non riguarda, come già avvertimmo, alternativamente, ora la facoltà di accettare, ora la facoltà di rinunziare, del pari che non riguarda esclusivamente l'una, nè l'altra: appunto ad entrambe applicasi simultaneamente, nel senso che tal prescrizione annienta la scelta che l'erede poteva esercitare fra l'una e l'altra facoltà. Obbiettasi che precisamente, nel nostro sistema, la prescrizione colpisca la sola facoltà di rinunziare, e noi non applichiamo in verun modo la espressione *o di accettare*. Ma primieramente non è forse pure un'applicazione sommamente indubitata e grave di cotesta espressione quella da cui risulti non poter più l'erede accettare col benefizio dello inventario? Ed in secondo luogo osserviamo che lo intendimento del legislatore, nell'art. 789, è unicamente rivolto al diritto di scelta, competente all'erede fra l'accettazione o la rinunzia; che soprattutto ha voluto privarlo, trascorso il trentennio, di cotesto diritto di scelta; e che quindi diamo all'articolo in esame la piena applicazione onde è suscettivo, dichiarando che la prescrizione estingue di fatti cotesto diritto di scelta.

2° Tale interpetrazione, unisona al testo dell'art. 789, è pure affatto in armonia con l'art. 784—701, a norma di cui la rinunzia ad una eredità non si presume. Indarno obbiettasi esser questo un effetto del possesso, il quale debbe svanire con esso. Di fatti tale obbiezione appone che il possesso svanisce dopo trascorso il trentennio; mentre abbiamo dimostrato diventare per contrario in avvenire irrevocabile!

3° Relativamente all' art. 775 — 692, il quale dichiara che nessuno è tenuto accettare una eredità devolutagli, tutto ciò che ne conseguita si è che l'erede impossessato può rinunziare; ma almeno è mestieri che rinunzii! e, se non rinunzii, la legge desume dal suo silenzio per un trentennio una tacita accettazione; ed essa lo impossessa diffinitivamente nella eredità (*ved.* il t. I, n. 435).

4° Tal conclusione, cui menano i testi, viene pure imposta dai principii generali del diritto. Qual è mai lo effetto della prescrizione? Forse mutare e distruggere lo stato anteriore delle cose? no al certo: ed è mestieri convenire che verrebbe profondamente snaturata dai sistemi, a norma di cui chi era stato, nel corso del trentennio, erede impossessato e presunto accettante, ad un tratto perderebbe tal possesso e presumerebbesi rinunziante! e ciò per effetto medesimo della prescrizione! La prescrizione, per l'opposto, consolida e svanisce i possessi e le presunzioni anteriori, dal tempo medesimo consolidati e sanciti. Dunque l'erede impossessato, per un trentennio presunto accettante, deb-

be, per effetto della prescrizione, essere in avvenire irrevocabilmente risguardato tale (confr. decis. C. di Riom 1. feb 1847, Aulagne, Dev, 1848, II, 257; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 593, 594; Marcadé, art. 789, n. 2; Demante, t. III, n. 110 *bis*, V).

316. — Qual è mai il punto da cui debbe cominciare a computarsi tal prescrizione trentennale, dopo la quale l'erede trovasi decaduto dalla facoltà di accettare o rinunziare?

Parecchi insegnano che essa decorre a cominciare dall'apertura della successione, o almeno a principiare dalla devoluzione seguita a pro del parente più remoto, mercè la rinunzia del parente più massimo; e soggiungono non doversi distinguere se l'erede abbia conosciuto o ignorato la sua chiamata: 1° perchè, per regola generale, la prescrizione decorre sempre contro coloro i quali ignorano il proprio diritto: 2° perchè tornerebbe di fatti difficilissimo determinare l'epoca in cui ciascuno dei parenti avesse avuto la particolar cognizione della sua chiamata (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 250; Duranton, t. VI, n. 488.

Cotesta soluzione ha pure somministrato un argomento avverso la dottrina testè propugnata da noi, ed a norma di cui l'erede, il quale abbia serbato silenzio pel corso di trenta anni, rimane irrevocabilmente erede; dappoichè potrebbe emergerne, dicesi, che una persona, la quale avesse ignorato, sia l'apertura della successione, sia la rinunzia dei parenti più prossimi, troverebbesi quindi impegnata, senza saperlo, in una delle più onerose eredità; ed il pericolo sarebbe tanto più grave, in quanto che, da un lato, persone terze potrebbero avere acquistato, mercè la prescrizione, avverso la credità, sia la liberazione da' debiti particolari, sia la proprietà dei beni; mentre, d'altro lato, i creditori ereditarii sarebbero sfuggiti alla prescrizione, per effetto di minore ctà o altre cause.

Non pertanto tal pericolo non ha incusso timore ad alcuni dei sostenitori della dottrina da noi propugnata, i quali, facendo pure decorrere la prescrizione avverso l'erede che ignori la sua chiamata, han divisato che il pericolo, cotanto temuto, sarebbe rarissimo, e che non dovevasi presumere che una persona rimanesse per un trentennio in abbandono i proprii affari (Blondeau, Marcadé, *loc. supra cit.*, n. 315).

Ma neppur crediamo esservi luogo a tal concessione; e, a parer nostro, la prescrizione non dovrebbe decorrere avverso l'erede fino a quando ignori la sua chiamata:

Di fatti la ragione ed il buon senso ci dimostrano che un diritto o una facoltà qualsivoglia non potrebbesi cominciare a prescrivere innanzi di esistere: or abbiamo stabilito che legalmente la facoltà di accettare o rinunziare non esistono per l'erede fino a quando ignori la sua chiamata: dunque la prescrizione non potrebbe cominciare a decorrere contro di lui (*supra*, n. 304, 305). Oh! indubitatamente la prescrizione s'incorrerà, ad onta della ignoranza in cui fosse l'erede della propria chiamata, a pro dei debitori dell'eredità o dei professori dei beni ereditarii; ma la prescrizione della petizione di eredità o dell'azione di rivendicazione, la quale riguarda il duplice e contrario interesse dei terzi e dell'erede, è ben diversa dalla prescrizione della semplice facoltà di scelta, che la legge concede all'erede rimpetto alla eredità di cui nessuno altro ha preso possesso; la quale facoltà, ripetiamolo, può, a norma della stessa legge, esercitarsi dall'erede solo con cognizione di causa. Ed ora, circa il conoscere in quale epoca l'erede avrà conosciuto la sua chiamata, sarà questa una quistione di fatto. Ciò che puossi affermare, per tesi generale, si è che il parente più prossimo, impossessato sin dal momento dell'apertura della successione, dovrà presumersi di leggieri averne avuto cognizione, anzichè il parente più remoto, chiamato per effetto di una rinunzia, o soprattutto di più successive rinunzie ad una eredità, che il suo riguardo di parentela nol chiamava sin dapprima a conseguire (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 595; Demante, t. III, n. 110 *bis*, VI e VII; Tambour, p. 268.

317.—Si è fatta pure alla obbiezione da noi confutata un'altra risposta, se fosse ben fondata, garentirebbe al certo con massima efficacia l'erede da' perigli cui pretendesi che la nostra dottrina lo esponga. Si è sostenuto che l'erede potrebbe ancora, dopo trascorso il trentennio, accettare col benefizio dello inventario; dappoichè nessun testo limita ad un tempo qualsivoglia la facoltà di accettare col benefizio dello inventario (Confr. decis. C. di Douai 30 nov. 1854, de Prolène, Dev., 1855, II, 265; Chabot, art. 789, n. 1; e Belost-Jolimont, *Osserv.* 1; Vazeille, art. 789, p. 122; Marcadé, art. 789, n. 2).

Ma noi non potremmo accogliere cotesta soluzione:

A norma dell'art. 789—706, la facoltà di accettare o rinunziare si prescrive col decorso del trentennio: or accettare col benefizio dello inventario è accettare, come ben si comprende! dunque, trascorso il trentennio, l'erede impossessato non ha più la facoltà di accettare col benefizio dello inventario; ed è questa la più diretta e significante applicazione della prescrizione del diritto di scelta, dall'art. 789 di fatti applicata alla facoltà di accettare o rinunziare. È ben vero che, a norma dell'art. 800—717, l'erede, il quale non abbia assunto qualità ne' tre mesi e quaranta giorni, ha ancora la facoltà di far distendere inventario e dichiararsi erede beneficiato.—Sì, eziandio dopo trascorsi i tre mesi e quaranta giorni, ma non mai dopo il decorso del trentennio, elasso il qual termine la sua posizione di erede impossessato, come rappresentante del defunto, con l' obbligo di soddisfare tutti i pesi, trovasi in avvenire irrevocabilmente stabilita (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 274; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing. t. II, n°. 596; Demante, t. III, n°. 110 *bis*, V).

317 *bis*.—La corte di Bourges ha statuito che la prescrizione del diritto di accettare una eredità trovasi sospesa durante il periodo di un usufrutto constituito dal defunto a pro di un terzo, comprendente tutti i beni ereditarii (Decis. 21 gennajo 1840, Bouquin, Dev., 1840, II, 502).

Ma tal dottrina ci pare sommamente oppugnabile:

Di fatti nessun testo sospende, per tal causa, il corso della prescrizione, e neppure ben fondato è il sostenere che il successibile *non poteva disporre degli oggetti dipendenti dalla eredità*; dappoichè aveva almeno il diritto di un nudo proprietario (confr. arresto C. cass. 25 mag. 1840. Cheval, Dev., 1840, I, 626).

318. — È questo precisamente l' articolo 789!

Abbiamo successivamente disaminato i multiplici sistemi cui esso ha dato luogo; e ci è stato pur forza, ad obbietto di non menare troppo per le lunghe siffatto studio, eliminarne alcuni, i quali diversificano, per variazioni in generale poco importanti, da' principali sistemi da noi esposti e disaminati.

Si è ancor potuto scorgere quanto la stessa giurisprudenza sia oggidì ondeggiante; per modo che quasi ognuna delle varie interpetrazioni da noi raffrontate può invocare in suo sostegno qualche giudicato.

E, a dir vero, quando riflettasi che le discussioni preparatorie nulla ci disvelano intorno a cotesto misterioso articolo, non puossi non ammirare il silenzio, e, come ha detto Taulier, *la tranquillità di spirito del legislatore!*

Forse cotesto articolo, sembrato agli interpetri cotanto complicato ed inintelligibile, parve a lui una disposizione affatto semplice e naturale?

Rispetto a noi, se fosse così legito conchiudere frammezzo a tanti dissentimenti, opineremmo che la interpetrazione da noi propugnata parrebbe più suscettiva di assumere cotesto carattere di semplicità e di chiarezza.

318 *bis*.—Da ultimo è da por mente che l'erede non può più rinunziare, quando abbia accettato, sia espressamente, sia tacitamente, sia puramente e semplicemente, sia col benefizio dello inventario: *semel haeres, semper haeres* (*infra*, n. 527; Pothier, *della Success.*, cap. III, sez. IV, § 2).

Ma oggidì non sarebbe ben fondato il sostenere, in senso in verso, che l' erede, il quale abbia rinunziato, non possa più accettare: di fatti ravviseremo che l'art· 790—707 ha apportato all'antica regola della irrevocabilità della rinunzia una importantissima eccezione.

§ III.

Da quali persone possono farsi l'accettazione o la rinunzia? —L'accettazione o la rinunzia sono forse suscettive di condizioni o modalità qualsivogliano?

SOMMARIO.

319, n°. 1.—L'accettazione o la rinunzia possono farsi dalle persone capaci di obbligarsi od alienare.

320. —Divisione.

321.—A. Per regola generale dello stesso erede deggionsi fare l'accetazion o la rinunzia; ma è indispensabile che sia di età maggiore e capace.— Delle eredità devolute a donne maritate o minori.

322. — Le donne maritate possono accettare puramente e semplicemente o col benefizio dello inventario; ma in qualsivoglia modo accettino, è mestieri che vengano autorizzate dai mariti o dal giudice.— *Quid*, se rinunzino?

323. —Continuazione. La regola all'obbietto è la stessa sotto qualunque sistema siasi contratto matrimonio.

224.—Delle formalità dell'autorizzazione maritale o giudiziale-—Rimando.

325.—Due precipue quistioni deggionsi risolvere: 1°. Che

362 *ter.*—L'accettazione o la rinunzia producono i loro effetti rispetto a tutti.
363.—Passaggio.—Divisione.

319. — N° 1. L'accettazione è l'alienazione della facoltà di rinunziare, e se essa non sottopone l'erede all'obbligo di soddisfare i pesi ereditari (art. 724—645), almeno ha per effetto di rendere irrevocabile tale obbligo. Soggiugniamo che l'accettazione, sia pura e semplice, sia semplicemente col benefizio dello inventario, trae seco altresì l'obbligo della collazione (articolo 843—762).

Reciprocamente la rinunzia è l'alienazione della facoltà di accettare, o piuttosto dei diritti ereditari, di cui l'erede trovavasi già investito col possesso.

Di qui discende la conseguenza l'accettazione o la rinunzia dovere potersi fare dalle sole persone capaci di obbligarsi ed alienare.

Di fatti è questa la regola.

320. — L'accettazione o la rinunzia possono farsi:

A. Sia dagli stessi eredi;

B. Sia dagli eredi o successori degli eredi morti senza aver deliberato.

Scendiamo alla disamina di queste due ipotesi.

321. — A. Per regola generale lo stesso erede, chiamato alla eredità, debbe fare l'accettazione o la rinunzia.

Ma è mestieri, come abbiamo avvertito (*supra* n. 319), che egli sia di età maggiore e capace.

Laonde l'art. 776—693 dispone:

« Le donne maritate non possono validamente accettare un'eredità senza l'autorizzazione del marito, o del giudice, in conformità delle disposizioni del capo VI del titolo del *Matrimonio*.

« Le eredità devolute ai minori, ed agl'interdetti non possono validamente accettarsi, se non secondo il disposto del titolo *della Minore età, della Tutela, e dell' Emancipazione.* »

322. —Relativamente alle donne maritate, osserviamo primieramente che elleno possono a differenza dei minori e degl'interdetti (*infra* n. 329), prescieglierefrai tre partiti dalla legge offerti all'erede; cioè l'accettazione pura e semplice, l'accettazione col benefizio dello inventario, o la rinunzia.

Ma, qualunque sia il partito cui vogliano appigliarsi, è mestieri che vengono autorizzate dai mariti o dal giudice: è ben vero che lo art. 776 richiede l'autorizzazione per la sola accettazione; e non rinviensi altro speciale articolo che la richiegga per la rinunzia, ma il principio generale fermato nell'articolo 217 basta all'obbietto.

Dunque le donne maritate non possono, senza autorizzazione, rinunziare, nè accettare puramente e semplicemente o col benefizio dello inventario: e ben si comprende esser necessaria l'autorizzazione per l'accettazione tacita del pari che per l'accettazione espressa.

323. — Cotesta regola è la stessa sotto qualunque sistema siasi contratto il matrimonio, sotto quello della comunione, della esclusione della comunione, della separazione di beni o del regime dotale (art. 776; agg. articolo 217—206).

È ben vero che le conseguenze dell'accettazione o della rinunzia fatte dalla donna con autorizzazione del marito o del giudice possono essere sommamente diverse, avuto riguardo ai vari sistemi matrimoniali; ma non dobbiamo qui occuparcene.

Ci basta dimostrare esser l'autorizzazione necessaria alla donna maritata in tutti i casi.

324. — Dobbiamo eziandio rimetterci puramente e semplicemente, al pari dell'articolo 776, alle regole da noi esposte su le condizioni e le forme dell'autorizzazione del marito o del giudice (confr. il nostro tomo IV, n. 112 e seg. e n. 179).

Coteste regole sono applicabili, secondo il diritto comune, alla subbietta materia; epperò la corte di Bourges statuì con sommo fondamento che l'autorizzazione data dal marito alla moglie di accettare una eredità può essere soltanto tacita ed emergere dal suo concorso ad un atto il quale suppone di necessità lo intendimento di accettare (Decis. 9 lug. 1831, Bernard, Dev. 1832, II, 447. agg. art. 217).

325. — Non pertanto convieno qui risolvere due ipotesi specialmente.

Di fatti che mai dovrà statuirsi:

1° Se la donna voglia rinunziare alla eredità devolutale, mentre per contrario il marito vuole che ella l'accetti?

2° Ovvero se la moglie voglia accettare, mentre il marito vuole per l'opposto che ella rinunzii?

La moglie personalmente, ella stessa; ella sola è erede: il marito! non è erede; egli non

ha alcuna relazione con la eredità; e quindi sembra la moglie stessa, ella sola potere accettare o rinunziare. Laonde, appo i Romani, quando uno schiavo era stato instituito erede, l'adizione dovevasi fare dallo schiavo medesimo, e semplicemente dietro ordine del padrone.

Questa premessa è al certo ben fondata; e noi ravviseremo che di fatti, sotto nessun sistema matrimoniale, il marito potrebbe, senza special mandato, accettare o rinunziare per la moglie, per guisa da vincolarla mercè l'accettazione o la sua rinunzia.

Ma è mestieri soggiugnere contemporaneamente che la moglie ha potuto, con le suo matrimoniali convenzioni, preventivamente trasferire irrevocabilmente al marito diritti su le eredità che potrebbero devolversi a lei nel corso della conjugale unione; e che dappoi non potrebbe dipendere da lei il privare il marito di tali diritti mercè rinunzia; del pari che ella non debbe ad evidenza, in verun caso, potergli imporre, con la sua accettazione, pesi che egli non intende assumere.

Ciò premesso, proseguiamo a ragionare intorno alle due testè enunciate ipotesi:

326. — 1° La donna vuol rinunziare alla eredità devolutale; ed il marito vuole per contrario che la eredità stessa venga accettata.

A cagion di esempio, i conjugi han contratto matrimonio sotto la regola della comunione; o la eredità essendo mobiliare in tutto o in parte, i mobili, in caso di accettazione, cadrebbero in comunione; ovvero la eredità essendo immobiliare, la comunione avrebbe diritto di godere degl' immobili divenuti beni proprî della moglie (art. 1401, 1411, 1414).

Ovvero i conjugi han contratto matrimonio sotto la regola esclusiva di comunione o sotto il sistema dotale; il marito, in caso di accettazione, avrà il godimento dei beni, mobili o immobili, di questa eredità (art. 1530. 1542, 1549—1355, 1362; confr. nondimeno decis. C. di Riem 18 apr. 1852 e 19 apr. 1828, *infra*; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 302).

Ebbene adunque! come regolare siffatta ipotesi?

Nulla evvi di più semplice.

Da un lato il marito può, in forza del suo contratto di matrimonio, esercitare il diritto preventivamente cedutogli dalla moglie; e conseguentemenle può, da parte di costei, accettare la eredità devolutale, quante volte trattisi degl'interessi della comunione o del suo diritto di personale godimento: trovasi esso nella posizione di un creditore, il qual può farsi giudizialmente autorizzare ad accettare la eredità da parte del suo debitore in vece sua (art. 788—705); ed anche quando la eredità sia puramente mobiliare, ed i conjngi abbiano contratto matrimonio sotto la regola della comunione legale, avviseremo con Duranton (t. VI, n. 425) che il marito ha diritto di accettare, come capo della comunione, senza esser necessario ottenere giudiziale autorizzazione(art. 818, 1401, 1414, 1421—737, 1396).

Ma, d'altro lato, nel tempo stesso nessuna accettazione del marito potrebbe vincolare la moglie, la quale non avesse ella medesima espressamente o tacitamente accettato (confr. decis. C. di Riom 18 aprile 1825, Girard, e 19 aprile 1828, Jonves, D., *Rac. alfab. v. Success*, n. 437); e conseguentemente, ad onta di tale accettazione, la moglie non rimarrebbe obbligata al pagamento dei debiti o dei legati verso i creditori o i legatarii (tranne nella qualità di comunista, e quindi pel solo caso in cui accettasse la comunione); nè alla collocazione verso i suoi coeredi: il solo marito dovrebbe adempiere a tali obbligazioni emergenti dalla sua accettazione; e precisamente in questo senso Pothier con sommo fondamento ha scritto che il marito, in tal caso, accettava la eredità *a suo rischio* (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 2, ed Introd. ai tit. XVII, della cons. di Orleans, n. 43; Furgole, *dei Testam.*, cap. X, sez. I, n. 36; Delvincourt, t. II, p. 28, nota 8; Toullier, t. II, n. 391; Duranton, t. VI, n. 425; Chabot, art. 776, n. 3; Poujol, art. 776, num. 2).

327.—2° La moglie vuole accettare; e per contrario il marito vuole che ella rinunzii.

Pothier, nel suo *Trattato delle Successioni*, ha insegnato che:

« Il marito essendo padrone dei diritti mobiliari della moglie, può rinunziare ad una eredità devoluta alla moglie, consistente in mobili; e, qualora in tale eredità si rinvenissero immobili, non potrebbe rinunziarvi senza il consenso della moglie. » (Cap. III, sez. IV, art. 2, § 1).

Ma, nella sua introduzione al titolo XVII, della consuetudine di Orleans, insegna una opposta dottrina:

« Soltanto coloro, egli dice, ai quali è de-

voluta la eredità possono rinunziarvi : è questa la ragione per cui il marito non può, senza la moglie, rinunziare ad una eredità devoluta a costei, benchè avesse dovuto cadere interamente nella comunione. » (n. 62)

Questo ultimo sentimento ci sembra il migliore, nel senso che il marito di fatti non può rinunziare, per la moglie, ad una eredità, eziandio semplicemente mobiliare, devoluta a costei, e che può unicamente negarsi ad autorizzare la moglie ad accettarla.

Ma cotesto rifiuto di autorizzazione da parte del marito non impedisce alla moglie di accettare, con giudiziale autorizzazione, se il magistrato creda esservi luogo ad accordargliela (confr. Toullier e Duvergier, t. II, n. 341, nota 6).

Per esempio, ben si comprende potere il magistrato autorizzar la moglie ad accettare, dietro rifiuto del marito di autorizzarvela, una eredità, eziandio meramente mobiliare, a lei devoluta, sotto la regola della comunione, se avesse stipulato di ripigliare tutto ciò che vi avesse conferito (art. 1514), o se la comunione fosse ridotta agli acquisti (art. 1498, 1499—1394).

Per contrario se i conjugi avessero contratto matrimonio sotto la regola della comunione meramente legale, per modo che la moglie avrebbe interesse nella sola qualità di comunista affinchè la eredità mobiliare devolutale venisse accettata, non iscorgesi motivo sufficiente per cui il magistrato dovesse autorizzarla ad accettare tale eredità, mentre per contrario il marito vuole che ella vi rinunzii; avvegnachè allora al solo marito, come capo della comunione, compete il determinare ciò che meglio convenga agl'interessi di cotesta comunione da lui solo amministrata (art. 1421—1396; confr. l'art. 1414 con gli art. 1412-1416). In ogni caso, e se il magistrato credesse dover accordare tale autorizzazione alla moglie; dappoichè costei avrebbe forse in mira di non arrecare alla memoria del suo parente l'oltraggio di una rinunzia, ovvero per ogni altro motivo, almeno converrebbe autorizzarla ad accettare col beneficio dello inventario; affinchè i creditori della eredità non avessero azione su la nuda proprietà dei suoi beni particolari; dappoichè importa sempre al marito che la moglie ne conservi la plena proprietà.

328.—Ravviseremo di poi, nel titolo *del contratto di matrimonio e dei diritti rispettivi dei conjugi*, quali sieno gli effetti dell'accettazione fatta dalla moglie, con autorizzazione del marito o del giudice, delle eredità a lei devolute.

Se non che qui osserviamo che l'accettazione della moglie, con autorizzazione giudiziale, non potrebbe in generale venire opposta al marito; talchè eziandio sotto la regola della comunione, anche quando la eredità fosse mobiliare, i creditori potrebbero agire pel pagamento sui beni ereditarii e su la nuda proprietà soltanto dei beni particolari della moglie, se vi fosse stato inventario (art. 1414-1417).

329.—Relativamente ai minori, è noto che le eredità loro devolute non possono venire accettate nè rinunziate senza preventiva autorizzazione del consiglio di famiglia, e che l'accettazione può aver luogo col beneficio dello inventario (confr. art. 461, 776—384 693, ed il nostro t. VII, *Trattato della minore età*, *della tutela*, ec., n. 695 e seg.).

L'autorizzazione del consiglio di famiglia è nel tempo stesso sufficiente e necessaria.

È dessa sufficiente;e quindi la omologazione del tribunale non è qui menomamente richiesta, sì per la rinunzia che per l'accettazione, ad onta della opposta opinione di Delvincourt (t. 1, p. 120, nota 2); dappoichè nessun testo la richiede; e di fatti il tribunale, non avendo ancora avuto luogo l'inventario, non potrebbe omologare con piena cognizione di causa.

È dessa necessaria, per modo che non potrebbe venire surrogata da un'autorizzazione giudiziale (confr. decis. C. di Grenoble 6 dic. 1842, Achard, Dev., 1843, II, 290).

330.—Altronde qui non evvi differenza da fare trai minori non emancipati ed i minori emancipati (art. 484; *ved.* il nostro *Trattato su riferito della minore età* ec.,t.VIII,n.324).

Se non che, in caso di tutela, il tutore accetta col beneficio dello inventario o rinunzia in nome del minore (art. 450—373);

Mentre, in caso di emancipazione, lo stesso minore emancipato, assistito dal curatore, debbe faro in cancelleria la dichiarazione, sia di accettazione col beneficio dello inventario, sia di rinunzia; ed eziandio l'assistenza del curatore non sembra, in questa duplice congiuntura, necessaria, dappoichè l'autorizzazione del consiglio di famiglia e non quella del curatore rende capace il minore emancipato a fare l'una o l'altra di tali dichiarazioni.

331.—Essendo lo interdetto assimigliato

al minore per la persona sua e pei suoi beni, e le leggi su la tutela dei minori applicandosi alla tutela degl' interdetti (art. 509 — 432) , è uopo applicare a questi ultimi tutto ciò che si è detto intorno ai minori (art. 776—693; *ved.* il nostro t. VIII , *Trattato della minore età*, ec., n. 584.

E la stessa proposizione applicasi altresì , nella subbietta materia, agl' individui colpiti da interdizione legale, in conformità dell'articolo 29 C. pen.—16 (confr. Taulier, t. III, p. 224).

332. — A dir vero nessun testo richiede formalità speciali circa l'accettazione o la rinunzia alle eredità devolute agl'individui sottoposti a consulente giudiziario per causa di debolezza di mente o di prodigalità.

Ma della generalità del disposto con gli articoli 499 e 513—122 e 436 sufficientemente risulta che tali individui, i quali non possono alienare nè ad evidenza obbligarsi senza l'assistenza del loro consulente giudiziario , non possono quindi, senza tale assistenza, accettare nè rinunziare una eredità.

Non pertanto l' accettazione , in tal caso , non dovrebbe necessariamente aver luogo , come pe' minori e gl' interdetti, col benefizio dell' inventario: la legge non impone così ; e l' individuo sottoposto a consulente giudiziario potrebbe quindi, con l'assistenza del consulente medesimo, rinunziare o accettare, sia col benefizio dell' inventario, sia puramente e semplicemente , salvo al consulente giudiziario prestare la sua assistenza per un' accettazione col benefizio dell'inventario, qualora creda essere questo partito il più saggio (confr. Toullier, tom. II, n. 341; Duranton, t. VI, n. 420; Taulier, t. III, p. 224; Malpel, n. 87 e 433; Chabot, art. 776, n. 10; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 252).

333. — Per l' opposto , relativamente ai minori ed agl' interdetti , *l' accettazione non avrà luogo che col beneficio dello inventario.*

È questa la espressione adoperata dalla legge (art. 461 — 384), ed è mestieri convenire che la espressione medesima è imperativa ed assoluta.

Non pertanto si è insegnato che gli stessi minori ed interdetti potrebbero essere eredi puri e semplici ; e sonosi addotti tre casi in cui, si è detto, poter questa situazione addivenire la loro, cioè:

1° Se, non avendo assunto qualità, fossero stati condannati come eredi puri e semplici (art. 724 — 645);

2° Se non si fossero uniformati alle condizioni, cui la legge subordina il godimento del beneficio dell' inventario e segnatamente allo art. 794 — 771;

3° Se, essendo capaci di discernimento, avessero sottratto o nascosto effetti ereditarii (art. 792, 801, 1310 C. Nap. — 709, 718, 1264; 66 e 67 C. pen. — 64 e 65).

Di fatti dal permettere,dicesi,la legge a'minori ed agl' interdetti la sola accettazione col benefizio dell' inventario risulta che nessuno atto di erede , da parte loro o da quella dei loro rappresentanti , potrà privarli del beneficio dell' inventario , nè della facoltà di rinunziare. Ma la legge in verun luogo dichiara che non possono essere eredi puri e semplici : indubitatamente non possono accettare questa qualità , ma può loro venire diversamente imposta (Demante , t. III , n. 96 *bis*, V, e num. 113 *bis*, I; confr. puro Delvincourt, t. II, p. 32, nota 1; Mourlon, *Repet. scrit.*, t. II, p. 109; Battur, del *Contratto di matrimonio* su l' art. 1460, t. II, num. 703; Odier, *del Contratto di matrim.*, t. I, n. 416; Troplong, eod., t. III, a. 1567.)

Cotesta dottrina ci pare sommamente oppugnabile ; e per contrario avvisiamo che, scrivendo gli art. 461 e 776—384 e 693, il legislatore ha considerato che la qualità di erede puro e semplice tornava incompatibile con la protezione da lui conceduta a' minori ed agl' interdetti; che conseguentemente non ha voluto che fossero mai esposti agli eventi indefiniti e talvolta cotanto pericolosi di una obbligazione la quale potrebbe assorbire il loro proprio patrimonio ; e che quindi la impossibilità per essi di addivenire eredi puri e semplici è una necessaria conseguenza del loro stato medesimo di minore età e d' interdizione.

Ci pare che tale intendimento si sveli nell' assoluta disposizione dell'art. 264.

L' accettazione , a norma di questo testo , dovrà aver luogo col beneficio dell'inventario val dire che il minore non può divenire erede puro e semplice , nè per sua volontà personale diretta o indiretta , nè per quella del suo tutore ;

Or, in qualsiasi modo si pretendesse dichiarare un minore o un interdetto erede puro e semplice , il sarebbe sempre , più o meno, per effetto di una volontà manifestata

da lui, val dire per effetto di una specie di accettazione tacita ed indiretta;

Dunque l' art. 461 osteggia, in tutti i casi siffatto risultamento.

Diciamo che la qualità di erede puro e semplice, se si applicasse ai minori ed agl' interdetti, deriverebbe sempre, più o meno direttamente, dalla loro personale volontà o da quella dei propri rappresentanti; e la verità di questa osservazione ci sembra indubitata nei tre casi precisamente proposti:

334. — 1° Si suppone primieramente che il minore o lo interdetto sieno stati condannati come eredi puri e semplici, per non avere assunto qualità.

Se una pronunziazione giudiziale, così emessa, avesse acquistato l' autorità della cosa giudicata, indubitatamente potrebbe dovervisi sottoporre, in forza degli art. 800 e 1351—717 o 1305, salvo pure l' applicazione dell' art. 481 C. pr. — 545.

Ma non crediamo che tal condanna dovesse pronunziarsi avverso minori o interdetti: di fatti potrebbe esserlo sul fondamento di una presunzione di accettazione pura e semplice da parte loro: or i minori e gl' interdetti non possono accettare puramente e semplicemente: questa pretesa presunzione sarebbe contraria alla stessa legge; ed avvisiamo che i minori e gl' interdetti, o, più regolarmente, i loro tutori, potrebbero venir condannati nella sola qualità che la legge permette loro assumere, val dire, in qualità di eredi beneficiati: precisamente in tal senso è sorta una dottrina, a norma di cui il minore sarebbe di pieno diritto erede beneficiato, senza che alcuna dichiarazione in cancelleria fosse all'obbietto necessaria: intorno alla qual dottrina altronde torneremo a ragionare (confr. arresto C. cass. 10 mag. 1841, l' amm. del registro, Dev., 1841, I, 522; decis. C. di Rouen 24 genn. 1845, Bonnesoeur, Dev., 1846, I, 569; Vazeille, art. 793, n. 6).

335. — 2° Il secondo caso è quello in cui i minori e gl' interdetti non si fossero uniformati alle condizioni cui la legge subordina il godimento del benefizio dello inventario e segnatamente all' art. 794—711.

Ma spetta al tutore adempiere tali condizioni (art. 450, 509—373, 432); e se venissero dichiarati i minori e gl' interdetti eredi puri e semplici, per non avere il loro tutore osservato le condizioni del benefizio dello inventario, è manifesto che verrebbero così renduti personalmente risponsabili, rispetto ai terzi, delle colpe e dei quasi-delitti del loro tutore;

Or, per contrario, abbiamo dimostrato che il minore o l' interdetto non sono obbligati, verso i terzi, per le colpe del loro tutore, eccetto fino alla concorrenza del vantaggio che ne avessero ritratto;

Dunque non potrebbero divenire eredi puri e semplici pel fatto del loro tutore, anche quando costui si fosse impossessato, senza osservare alcuna specie di formalità, di tutti i beni ereditari (confr. il nostro *Trattato della minore età*, ec., t. VII, n. 702 e t. VIII, n. 127; decis. C. di Nîmes 8 nov. 1827, Dayre, D. 1828, II, 174; di Rouen 30 agosto 1828, Rouet, D., 1830, II, 149; di Besanzone 28 nov. 1835, ed arresto C. cass. 24 nov. 1841, Roussel, Dev., 1842, I, 158; agg. nondimeno arresto C. cass. 3 maggio 1848, Postole, Dev, 1849, I, 363; Lebrun, lib. III, cap. I, n. 43; Tambour, *del Benefiz* o *d' invent.* p. 419).

336. — 3° Rimane la disamina dell' ultima ipotesi, e la più procardica, cioè quella in cui i minori e gl' interdetti avessero, in istato di discernimento, sottratto o nascosto effetti ereditari.

Per sostenere che, in tal caso, dovrebbero venir dichiarati eredi puri e semplici, puossi così ragionare:

1° Tal era l' antica dottrina: veniva già insegnata da Cujacio:

Amotio delictum est, furto scilicet proximum; lenitas nodo verbi tantum rei tristitiam mitigat; in delictis autem nemioem aetas excusat. » (L. 1 e 2, Cod. si adv. del., confr. Cujacio, Consult. XI).

Epperò similmente i nostri antichi autori divisavano che la moglie, eziandio di minore età, la quale nascondesse qualche oggetto, accetterebbe la comunione non ostante la sua rinunzia (confr. Lebrun, n. 37, p. 444; Renusson, II parte, cap. II, n. 44).

2°. Nulla dimostra, dicesi, che il nostro Codice abbia modificato cotesto principio.

A norma dell' art. 792—709, gli eredi i quali avessero sottratto o nascosto effetti ereditari decadono dalla facoltà di rinunziare alla eredità; restano eredi puri e semplici non ostante la loro rinunzia, senza poter pretendere di partecipare agli oggetti sottratti o nascosti (agg. art. 801—718);

Or, tali articoli sono generali ed assoluti; non distinguono se gli eredi fossero di maggiore o minore età, interdetti, o donne maritate;

Dunque essi applicansi a tutti gli eredi indistintamente.

È mestieri tanto più, si è detto,così statuire, in quanto che l'occultamento o la sottrazione constituisce un delitto avverso di cui la legge stabilisce una vera penalità civile.

Or, a norma dell' art. 1310—1264, il minore (e l'interdetto), *doli capax*, non è restituibile contro le obbligazioni risultanti dal suo delitto o quasi-delitto. Indubitatamente converrà aver riguardo, in simigliante caso, alla età più o meno inoltrata dell' erede minore e disaminare se abbia agito per dappocaggine o leggerezza;ma se la sua fraudolenta intenzione sia riconosciuta, debbe, come un individuo di età maggiore, soggiacere alla pena della propria colpa.

3° Si conviene, pressappoco generalmente, che i minori e gl' interdetti i quali si fossero renduti colpevoli di occultamento o sottrazione, si troverebbero privi di ogni porzione negli oggetti sottratti o nascosti.

Or, se si applichi una delle pene stabilite con l' art. 792, è uopo di necessità applicare eziandio l' altra; dappoichè, da un lato, trattasi di una sola ed unica disposizione, la quale non potrebbe venire scissa; e, d' altro lato se i minori o gl' interdetti colpevoli di sottrazione non avessero coeredi ed avessero voluto frodare i creditori della eredità, dalla opposta dottrina emergerebbe che non incorrerebbero, verso di essi, aleuna pena; ed i creditori si troverebbero quindi privi della efficace garentia che la legge ha voluto per contrario lor concedere. Nè si obbietti che i minori e gl' interdetti non possono rendersi, di propria volontà, eredi puri e semplici; dappoichè la stessa legge, a titolo di pena, li dichiara tali; essi neppure possono alienare di sola volontà loro; e nondimeno ammettesi che non possono conseguire alcuna porzione negli oggetti sottratti o nascosti, val dire che l' occultamento produce per essi una vera alienazione:di fatti questa alienazione, al pari della qualità di erede puro e semplice, allora viene loro sovranamente inflitta dalla stessa legge (confr. Troplong, del *Contratto di matr.*, t. III, n. 1567; Odier, t. I, n. 416; Mourlon, *Rep. scrit.*, t. II, p. 96).

Tale argomentazione è al certo sommamente grave; ma nondimeno non ci sembra decisiva; e per contrario avvisiamo che è mestieri distinguere la privazione degli effetti sottratti o nascosti dalla decadenza dalla facoltà di rinunziare o accettare col beneficio dello inventario: la prima pena è applicabile ai minori o agl' interdetti; ma, a creder nostro, non avviene così della seconda:

Di fatti, quando l' art. 1310 dichiara che i minori, i quali abbiano agito con discernimento, non possono venire restituiti contro le obbligazioni emergenti dai loro delitti o quasi-delitti, dinota una sola cosa, cioè dover essere tenuti al ristoro dei danni-interessi, i quali sono conseguenza dello stesso delitto o quasi-delitto, e ne rappresentano la riparazione. Quindi, per esempio, la sottrazione o l' occultamento dagli effetti ereditari commesso da un erede minore o interdetto, può tornare nocevolo, sia pei creditori della eredità, sia pei suoi coeredi; ed il minore o l'interdetto sarà conseguentemente tenuto, verso gli uni e gli altri, al ristoro dei danni-interessi, i quali potranno emergere dalla sottrazione o dall'occultamento medesimo.

Verso i creditori potrà venir condannato alla restituzione del prezzo dei valori sottratti, se gli avesse dissipati.

Verso i coeredi, potrà incorrere altresì la pena stabilita con l' art. 792. Anzi taluni autori han preteso che il minore o lo interdetto non potesse venir privato della sua porzione negli oggetti sottratti o nascosti, e che l'unica sua obbligazione si era il conferirli nella massa (confr. Duranton, t. VI, n. 480; e D. *Rac. alfab.* v. *Succes.*, n. 644).

Non pertanto avvisiamo che tal pena sarebbe applicabile allo stesso minore per un duplice motivo; da un lato, perchè corrisponde in modo adequato e topico,al fatto medesimo da cui deriva e di cui è la riparazione, a titolo di danni-interessi, determinati dalla stessa legge per questo caso speciale; e, d' altro lato, perchè nessuno altro testo impedisce che tal pena venga applicata ai minori ed agli interdetti (confr. decis. C. di Limoges 30 luglio 1827, Ladégaillerie; di Bordò 2 dicembre 1840, Tissandier. D., *Rac. alfab.* v. *Success.* n. 644; arresto C. cass. 3 mag. 1848, Postole, D. 1848, I, 166, Marcadé, art. 792; Chabot, art. 792, n. 5; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 278 e t. III, p. 496).

Ma diversamente avviene della decadenza dalla facoltà di rinunziare o accettare col beneficio dello inventario. Di fatti tal decadenza non è più conseguenza corrispondente ed adequata dell' occultamento o della sottrazione considerato come tale:allora non evvi più, conviene confessarlo, proporzione, nè rapporto sommamente diretto, sotto il punto di

veduta della riparazione a titolo di danni-interessi, tra il fatto stesso e tal conseguenza che la legge ne ha desunto. Laonde la qualità di erede puro e semplice trovasi allora impressa all' erede in forza di altro ordine di principii, val dire effettivamente per applicazione dei principii su l' accettazione pura e semplice.

Val dire che la legge ha considerato che ogni atto d' immistione producendo accettazione pura e semplice (art. 778—695), nulla rinviensi di eccessivo nel risguardare come tale la sottrazione o l'occultamento commesso dall' erede, e che costui non potrebbe addurre la propria turpitudine, supponendo, contro di lui, avere agito onestamente ed avere assunto la qualità che effettivamente aveva diritto di assumere;

Or questa base della disposizione dell' articolo in esame, il quale applicasi agli eredi di età maggiore ed eziandio alle donne maritate, manca per contrario compiutamente circa i minori emancipati o non emancipati e gl' interdetti: costoro non avrebbero potuto, per un fatto d' immestione qualsivoglia, diretto o indiretto, rendersi eredi puri e semplici;

Dunque la legge non doveva desumere da alcun fatto da parte loro una tale accettazione (*ved.* l' art. 1455—1420).

Cotesta soluzione è, a parer nostro, imposta, rispetto ad essi, da tutta la economia del nostro Codice, dal testo degli articoli 461 e 776 e dalla logica dei principii. Laonde un minore non può divenire commerciante, quando le condizioni imposte dall' art. 2 C. di com. — 6 non siensi adempite, conseguentemente non potrebbe venir condannato come bancarotticresemplice o fraudolento, qualunque fossero gli atti commerciali che avesse potuto fare (confr. arresto C. cass. 2 dic. 1826, Fremeaux, D. 1827, I, 77; decis. C. di Brusselles 9 dic. 1815, Dewite; di Rouen 30 ag. 1828, Rouet, D. 1830, II, 149; di Limoges 30 dic. 1827, Ladègaillerie, Dev., 1828, II, 31; Duranton, t. VI, n. 480; Chabot; art. 792, n, 5 ed art. 801, n. 4; Malpel, n. 331; Ponte e Rodière, *del Contr. di matr. t.* I, n. 446; Poujol, p. 454; Taulier, t. III, p. 250; Ducaurroy, Bonnier e Ronstaing, t. II, n. 615; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 342; Tambour, p. 420-421).

337. — Del resto sol quando gli eredi sieno minori o interdetti non possono divenire eredi puri e semplici (art. 461 e 776—384 e 693); e questo privilegio conseguentemente debbe cessare di appartener loro, quando sieno divenuti di maggior età o sieno stati rilevati dalla loro interdizione: dunque potrebbero venir di poi dichiarati eredi puri e semplici, qualora, dopo la loro maggiore età o la rimozion della loro interdizione, non adempissero le condizioni cui va subordinato il beneficio d' inventario, nel caso in cui tali condizioni non si fossero adempite durante la loro maggior età o la loro interdizione (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 278-279; Tambour, p. 419).

337 *bis.* — Si è anche sostenuto che la donna maritata, non potendo accettare una eredità senza autorizzazione del marito o del giudice, neppur poteva divenire erede puro e semplice per effetto di una sottrazione o di un occultamento da lei commesso di qualche effetto della eredità (confr. Bilhard, *del Beneficio d' invent.*, n. 125).

Non pertanto non ci sospingeremo sino a tal punto; ed avvisiamo per contrario che gli art. 792 ed 801 — 709 e 718 sarebbero applicabili alla donna maritata; dappoichè, da un lato, può accettare puramente e semplicemente; e, d' altro lato, non abbisogna di autorizzazione per rimanere obbligata per le sue colpe (confr. arresto C. cass. 4 feb. 1822, Sirey, 1825, I, 117; decis. C. di Rouen 12 genn. 1822, Sirey, 1825, II, 163; Vazeille, articolo 794, n. 4; Tambour, p. 233.)

338. — L' accettazione della donna maritata, del minore o dell'interdetto sottoposto a consulente giudiziario, senza osservanza delle formalità comandate per ciascun di esso, troverebbesi colpita di nullità.

Ma, in tal caso, la nullità sarebbe forse relativa, val dire potrebbe forse dedursi unicamente dallo incapace e dai suoi rappresentanti, ovvero per contrario assoluta, val dire potrebbe dedursi per tutti gl' interessati?

Per sostenere che converrebbe risguardarla come assoluta potrebbesi invocare primamente il testo medesimo dell'art. 776, il quale reiteratamente dichiara, con espressioni effettivamente assolute, che le donne maritate *non possono validamente accettare un' eredità...*, e che le eredità devolute a' minori ed agl' interdetti *non potranno validamente accettarsi*, ec.

Rispetto all' art. 1125 — 1079, a norma di cui le persone capaci di obbligarsi non possono opporre la incapacità del minore, dello interdetto, o della donna maritata, con cui hanno contrattato, vi si risponderebbe soste-

nendo che i terzi non hanno qui *contrattato* con lo incapace; dappoichè l'accettazione della eredità forma un quasi-contratto, e qui non incontrasi perciò verun motivo d' irrecettibilità contro di essi. Potrebbesi soggiugnere che tal dottrina offrirebbe il sommo vantaggio di ovviare alle pericolose incertezze, emergenti per contrario dalla dottrina, a norma di cui l' accettazione dell' incapace sarebbe valida o nulla per sua unica volontà: tale inconveniente tornerebbe soprattutto sommamente grave alla ipotesi contemplata con l'art. 790—707, val dire precisamente nella sola ipotesi in cui la quistione in esame offra un pratico interesse.

Di fatti, nei casi ordinarii, poco monterà il conoscere se la nullità dell' accettazione fatta da un incapace sia assoluta o relativa; avvegnachè, da un lato, la nullità assoluta può dedursi da coloro i quali vi abbiano interesse; e, d' altro lato, non iscorgesi in generale chi mai tranne lo stesso incapace avrebbe interesse a dedurre la nullità di tale accettazione; tostochè l' accettazione ha per risultamento l' obbligare irrevocabilmente l' erede verso i creditori, i legatarii, o i suoi coeredi.

Ma tale interesse potrà sussistere, pei terzi, nel caso contemplato con l'art. 790: il legislatore, in questo articolo, permettendo al rinunziante recedere dalla sua rinunzia, finchè la eredità non siasi accettata da altri, ha inteso far cessare al più presto possibile il pericolo della vacanza: or tutto l'oppostol se un incapace avesse accettato, sia dietro rinunzia fatta, in nome suo, dal tutore autorizzato all' obbietto, sia dietro rinunzia di un altro, nulla rinverrebbesi diffinitivamente determinato mercè questa accettazione: il periglio della vacanza, cui la legge mirava a porre termine; protrarrebbesi finchè lo incapace avesse dritto di dimandare la nullità della sua accettazione; e durante tutto questo tempo nessuna accettazione potrebbesi fare da un altro!

Indubitatamente quest' ultima considerazione non va scevra da gravezza; ma non pertanto avvisiamo doversi sempre statuire che la nullità è qui relativa, come negli altri casi:

A norma dell' art. 225 — 214 la nullità, poggiata su la mancanza di autorizzazione della donna maritata, può dimandarsi unicamente da lei, dal marito o dai loro eredi; e talo articolo non distingue i diversi atti che abbiano potuto consentirsi dalla moglie, i contratti ed i quasi-contratti: viemaggiormente! l' art. 776, rimettendosi, per l' accettazione dell'eredità, *alle disposizioni del titolo* VI *del matrimonio*, rende testualmente applicabile al nostro subbietto il principio della nullità relativa.

Or, se avviene così rispetto alla donna maritata, la regola dev' essere ad evidenza la stessa per gli altri incapaci.

Di fatti la ragione ci dimostra non doversi rivolgere contro le persone, che la legge intende garentire, le stesse garentie mercè di cui essa le garentisce.

È ben vero che l'artic. 1125 parrebbe negare il dritto di dedurre la nullità a' soli terzi che abbiano contrattato con lo incapace. Ma quella forma di compilazione spiegasi dal luogo occupato da quello articolo nel titolo *dei contratti e delle obbligazioni convenzionali*, cui il legislatore aveva in quel momento più specialmente volto il pensiero.

È pur vero che appo i Romani l' adizione di eredità, fatta dal pupillo *sine auctoritate tutoris*, era assolutamente nulla, a differenza degli altri atti (Inst., *de auct. tut.*) Ma il particolar motivo che se ne adduceva, cioè che l' accettazione di una eredità abbisognava di un discernimento, *animi judicium*, il quale mancava al pupillo, non potrebbesi invocare appo noi; e, sotto questo rapporto, nulla evvi di speciale all' accettazione di una eredità, supponendosi, come sempre facciamo, che lo incapace, minore o interdetto, possedeva intelligenza sufficiente a fare un atto civile (confr. il nostro tomo IV, n. 350, *Trattato del matrimonio e della separazione personale.*)

339. — Dall' essere relativa la nullità dell'accettazione fatta da un incapace è mestieri forse inserire andar regolata dall' articolo 1304 — 1258, e per durare un decennio a computare dal giorno in cui la causa dell'incapacità sarà cessata?

È questo il sentimento di Demante (t. III, n. 96 *bis*, III).

Mentre Marcadé per contrario insegna dover tale azione perdurare un trentennio (su l' art. 776).

È questa una procardica quistione, la quale può, a parer nostro, venire risoluta soltanto nella tesi generale delle azioni di nullità o di rescissione, e la cui disamina conseguentemente differiamo nel ragionare dell' articolo 1304 (confr. Toullier e Duvergier, t. II, n. 341 e nota *a*).

340. — Ciò che ci pare indubitato si è che i minori, emancipati o pur no, potrebbero dimandare la nullità dell'accettazione da essi fatta, senza abbisognar di dimostrare nè addurre la lesione.

Di fatti crediamo aver dimostrato che gli atti per cui la legge richiedeva talune forme erano nulli, a prescindere da ogni lesione, quando si fossero fatti senza la osservanza di tali forme, sia dal tutore, sia dal minore; che erano *nulli*, diciamo, *nella forma*, a norma dell'art. 1311 — 1265;

Or tal regola applicasi ad evidenza all'accettazione di una eredità, che gli art. 461 e 776—384 e 693 han sottoposta a forme speciali (confr. Furgole, *de' Testam.*, cap. X, sez. 1, num. 57 e seg.; il nostro tomo VII, n. 820 ed 824, *Trattato della minore età*, ec.: Ducaurry, Bonnier e Roustaing, t. II, articolo 783, nota; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 266; Belost-Jolimont sopra Chabot, articolo 783, *Osserv.* I; Duvergier sopra Toullier, t. II, num. 335, nota b; Demante, tom. III, n. 96 *bis*.)

341. — Relativamente alla rinunzia fatta da un incapace, senza la osservanza delle forme richieste, è manifesto che la nullità potrebbe eziandio venirne dimandata avverso coloro i quali avessero accettato la credità per effetto di tal rinunzia.

342. — B. Abbiam detto, in secondo luogo (*supra*, n. 320), che l'accettazione o la rinunzia potevano eziandio farsi dagli eredi o successori dell'erede morto senza aver deliberato.

Il Codice statuisce intorno a cotesta ipotesi nel seguente modo:

Articolo 781 — 698: « Quando colui a favore del quale si è aperta una successione « è morto senza averla ripudiata o accettata « espressamente ovvero tacitamente, i suoi « eredi possono per dritto proprio accettarla « o ripudiarla. »

Articolo 782 — 699: « Se questi eredi non « siano fra loro di accordo per accettare o ripudiare l'eredità, deve questa accettarsi col « beneficio dell'inventario. »

343. — Il primo di questi articoli constituisce l'applicazione di un principio di dritto comune.

Di fatti gli eredi, e più generalmente i successori universali, conseguono tutti i beni, diritti ed azioni del defunto *ved.* art. 711, 724 —632, 645);

Or, suppongasi che lo stesso defunto avesse raccolto una eredità, senza avere ancora esercitato il diritto a lui competente di accettare o rinunziare;

Dunque i suoi eredi o successori, i quali conseguono il suo patrimonio, vi rinvengono la eredità come vi si trova, val dire col diritto competente al loro autore di accettarla o rinunziarvi.

È ben vero che appo i Romani, segnatamente nei primi tempi della loro legislazione, l'erede *extraneus*, il quale morisse prima di avere egli medesimo fatta l'*adizione*, non trasmetteva ai proprii successori la eredità devolutagli (confr, l. 23, ff. *de adquir. vel omitt. possess.*; l. 19, Cod. *de jure delib.*).

Ma non abbiamo giammai considerato in Francia la facoltà di accettare o rinunziare una eredità come insita alla persona dell'erede; ed anche quando costui morisse alcuni istanti dopo l'apertura della successione devolutagli, trasmetterebbe, nella propria eredità, tale eredità come fu da lui conseguita, conseguentemente col diritto di accettarla o rinunziarvi (*ved.* il t. I, n. 86, 132 e 184).

343 *bis*.—E conseguentemente l'erede di chi sia morto senza aver deliberato, se esso medesimo fosse, come afferma Pothier, in grado di poter succedere al primo trapassato, potrebbe, per ovviare al pagamento doppio del diritto di mutazione, rinunziare da parte di chi sia morto senza avere accettato nè rinunziato la eredità devolutagli, ed accettare tale eredità di proprio diritto: *cum duas personas sustineat, defuncti et propriam.*

L'amministrazione della registratura non potrebbe pretendere che tal fatto constituisca una frode; dappoichè la facoltà di rinunziare, pel chiamato, di proprio diritto, ad una eredità, non va subordinata ad alcuna restrizione; e *non potrebbesi, in verun caso*, dichiara con sommo fondamento la corte di cassazione, *scorgere una frode nel suo regolare esercizio* (Pothier, *Trattato dei feudi*, parte II, cap. I, sez. II, art. 1; confr. arresti C. cass. 27 giu. 1837, l'amministrazione del registro, Dev., 1837, I, 570; 24 apr. 1854, Brogard, Dev., 1854, I, 361; *Rep. metodico del registro*, 1856, t. III, p. 89 e seg.).

344.—Dunque la regola si è che gli eredi del trapassato senza avere accettato nè rinunziato una eredità devolutagli hanno assolutamente, di propria ragione, gli stessi diritti che aveva, nè più nè meno.

Cotesta regola non soggiace a veruna difficoltà, quando siavi un solo erede, ovvero, se

re ne sieno più, quando sieno tutti di accordo sul partito da prescegliere.

Conseguentemente possono rinunziare o accettare col beneficio dello inventario, ovvero accettare puramente e semplicemente (art. 774, 775, 781—691, 692, 698).

345.—Potrebbero forse, nel caso in cui il loro autore avesse rinunziato alla credità devolutagli accettare! tale eredità, a norma dell'art. 790, val dire se la prescrizione del diritto di accettare non fosse acquistata contro di essi, e se la eredità non si fosse ancora accettata da altri eredi?

Un dubbio parrebbe emergere all'obbietto dall'art. 781, il quale attribuisce loro esplicitamente il diritto di accettare o rinunziare la eredità devoluta al proprio autore, quando costui sia morto *senza averla ripudiata e accettata espressamente ovvero tacitamente.*

Ma nulladimeno abbiamo dimostrato che, in conformità del diritto comune, di cui l'articolo medesimo è una conseguenza, gli eredi, i quali sono la continuazione della persona del proprio autore, succedono in tutti i diritti competenti al loro autore su la eredità stessa;

Or il loro autore aveva diritto, in conformità dell'art. 790, di recedere dalla sua rinunzia ed accettare la eredità cui aveva dapprima rinunziato;

Dunque i suoi eredi son pure succeduti in questo diritto.

Nulla evvi da rispondere; ed è manifesto che l'art. 781, esprimendosi in quel modo, ha mirato alla ipotesi ordinaria, in cui l'erede trapassato non aveva ancor deliberato, ma che non esclude menomamente il diritto, per gli eredi, di ritrattare la rinunzia che il loro autore avrebbe potuto ritrattare; dappoichè tal diritto è la necessaria conseguenza del principio su cui poggia lo stesso art. 781 (confr. Duranton, t. VI, n. 407; Demante, t. III, n. 102 *bis*, I, *ved.* nondimeno *infra*, n. 353).

346.—In tutti questi casi, diciamo, nulla è più semplice, quando siavi un erede, ovvero, se ve ne sieno più, quando sieno tutti di accordo.

Ma per contrario le difficoltà cominciano quando colui al quale è devoluta la eredità sia trapassato lasciando più eredi, e costoro non sieno di accordo sul partito da abbracciare.

In ogni tempo si è considerato che tutti gli eredi congiuntamente dovevano di necessità abbracciare, in tal congiuntura, un solo e medesimo partito.

Tutti gli eredi congiuntamente, si è detto, rappresentano collettivamente il proprio autore; e ad essi tutti, insieme e collettivamente, competono, nè più nè meno, i diritti competenti al proprio autore;

Or il loro autore, il quale aveva diritto, sia di rinunziare, sia di accettare per lo intero, non avrebbe potuto per contrario accettare, nè rinunziare in parte;

Dunque i suoi eredi, i quali tutti continuano la sua persona, ed i quali han tutti insieme gli stessi diritti a lui competenti, possono parimente accettare o rinunziare solo per lo intero (confr. *infra*, n. 359; *Novello Denizart*, v. *Erede*, § 9, n. 7).

In altri termini si è considerato come indecisibile cotesto diritto di accettazione o rinunzia.

Tal premessa sembra logica indubitatamente; ma conduce ad una conclusione la quale non poteva non produrre molte difficoltà e complicazioni.

Di fatti che mai si statuirà, qualora, fra gli eredi, alcuni vogliano accettare e gli altri rinunziare?

Dunque forse non avrebbesi potuto permettere separatamente a ciascun di essi lo abbracciare, entro i limiti dei suoi diritti ereditarii, il partito che gli sembrasse migliore?

Il diritto ci offre alcuni esempii alquanto analoghi.

Laonde, fra più rappresentanti di un successibile premorto, ciascuno può accettare o rinunziare per la sua quota; e la porzione dei rinunzianti, in ciascuno stipite o ramo, si accresce agli accettanti nello stipite o nel ramo stesso (art. 743—665).

Laonde segnatamente, fra più eredi di una moglie, in comunione di beni, ciascuno può liberamente esercitare la sua scelta, alcuni rinunziare e gli altri accettare (art. 1475).

È ben vero che, in caso di rappresentazione, ciascuno dei rappresentanti è effettivamente successibile in proprio nome e per sè stesso; mentre, nella ipotesi contemplata con l'art. 781, gli eredi di colui al quale andava devoluta la eredità sono essi medesimi successibili ed hanno diritto alla eredità stessa per ragion propria del loro autore.

È ben vero altresì che, nel caso contemplato con l'art. 1475, spiegasi la divisibilità del diritto di scelta pel motivo che la comu-

nione, per le quale di quelli fra gli eredi della moglie che rinunziano, rimane al marito *jure non decrescendi*, per modo che la rinunzia di alcuni fra gli eredi non lascia giacente veruna porzione.

Ma, ammettendo ciò che può rinvenirsi di ben fondato in tali varietà fra le due ipotesi su riferite e la nostra, avvisiamo nessuno grave ostacolo impedire che il legislatore vi applicasse la stessa regola: dappoichè il principio, forse alquanto sottile, della indivisibilità del titolo di erede, nulla ha di essenziale nè di necessario: avrebbesi al certo benissimo potuto dire del diritto di successione ciò che Pothier diceva del diritto di comunione, *essere divisibile*, *avendo per obbietto qualche cosa di divisibile* (*Della comunione*, n. 577); ed avrebbesi potuto rimuovere ogni inconveniente, dividendo altresì, nella nostra ipotesi, il diritto di scelta fra ciascuno degli eredi dell'erede trapassato. La vacanza parziale, che questo sistema avrebbe potuto produrre, neppure vi avrebbe arrecato ostacolo: di fatti la legge ha fermato regole per le eredità giacenti; e queste regole andrebbero applicate alla vacanza parziale, come applicansi alla vacanza totale.

347.—Checchè ne sia, il principio della indivisibilità del titolo di erede è sempre, come dicevamo, prevalso nell'antico e nell'odierno diritto.

Ma similmente nè l'antico nè il novello diritto han potuto evitare gl'inconvenienti, che questa teorica doveva inevitabilmente produrre nella ipotesi in esame.

Un tempo, in caso di disaccordo fra gli eredi dell'erede trapassato senza avere assunto qualità, ricorrevasi al magistrato, il quale esaminava, dice Pothier, « il *quid utilius*, ed il quale faceva prevalere il partito più vantaggioso al defunto, cui la eredità trovavasi deferita » (*delle Success.* cap. III, sez. III, art. 2, § 2; ed Iutrod. al tit. XVII, della cons. di Orleans, n. 41; Lebrun ed Espiard, lib. I, cap. IV, sez. VI, n. 26; *Novello Denizart*, v. *Adizione di eredità*, § 4, e v. *Erede*, § 10).

Cotesta soluzione pareva indubitatamente logica ed equa; dappoichè, da un lato, tutti gli eredi congiuntamente, agendo qui per ragion del proprio comune autore, convicne di fatti che prescelgano, in sua vece, il partito che avrebbe verosimilmente preso esso medesimo; e che, d'altro lato, questa regola di condotta debbe far trionfare, non l'interesse particolare di tale o tal altro de' suoi eredi, ma l' interesse collettivo della stessa intera eredità.

Ma è agevole scorgere una valutazione di tal genere quante difficoltà offriva pel magistrato, e quanti impacci e controversie produr doveva.

348. — Precisamente per antivenire tali impacci e controversie i compilatori del nostro Codice, modificando, su tal punto, l'antica giurisprudenza, han statuito, con l'art. 782—699, che la eredità, in tal caso, *debbesi accettare col beneficio dello inventario*.

Ciò che, per accennarlo, ci offre qui l'esempio di una specie di accettazione forzata per quelli fra gli eredi i quali avessero voluto che si rinunziasse (*ved.* art. 775—692).

Si credette conciliar così tutti gl'interessi; e la novella regola venne adottata pel motivo addottone da Treilhard, esser dessa molto più semplice *e non nuocere ad alcuno* (Fenet, t. XII, p. 45).

Cotesto motivo è ben fondato indubitatamente, circa il pericolo al quale un' accettazione pura e semplice esporrebbe gli eredi di essere obbligati a pagare i debiti *ul ra vires*; e se effettivamente la divergenza del loro valore ha per obbietto lo stato medesimo della eredità, sotto il rapporto dell' attivo e del passivo bilanciati, l' accettazione col beneficio dello inventario può produrre, sotto questo punto di veduta, vantaggi senza gravi inconvenienti; dappoichè, mentre garentisce gli eredi dalla esuberanza dei pesi, se i beni ereditari sieno tenui, assicura loro lo emolumento, se i beni medesimi sieno importanti.

È vero che essa gl' involge negl' impacci e nella responsabilità dell'amministrazione della eredità accettata col beneficio dello inventario; ma che è mai ciò in confronto della ingiustizia che vi sarebbe stata nello imporre a taluni eredi, loro malgrado, i rischi di un'accettazione pura e semp'ice o la perdita che potrebbe emergere da una rinun ia!

Dunque trattandosi della quistione dei debiti, si è potuto di fatti sostenere che l'accettazione col beneficio dello inventario allora non arrecherebbe nocumento ad alcuno.

Ma l' accettazione col beneficio dello inventario trae seco altresì, da parte dell'erede, l' obbligo della collazione (art. 843 762); e se colui al quale la eredità andava devoluta, ed è morto senza aver deliberato, avesse ricevuto dal suo autore una donazione o un legato, senza clausola di anteparte, potrà sorgere la quistione se sia meglio rinunziare af-

fatto, per attenersi alla donazione o al legato, che accettare col benefizio dello inventario con l' obbligo della collazione. Di fatti la collazione potrebbe arrecare una perdita altamente effettiva, nel caso in cui il valore dell' oggetto conferito eccedesse quello della porzione ereditaria da spettare dopo seguita la collazione; ed è sommamente verosimile che i compilatori del Codice, dichiarando che la novella regola *non nuoce ad alcuno*, han volto il pensiero ai debiti ereditari, e non mai all'obbligo della collazione.

E di qui sono sorte due quistioni:

349. — 1° Se colui, al quale trovasi devoluta la eredità ed è morto senza aver deliberato, avesse ricevuto dal *de cujus* donazioni o legati senza clausola di anteparte, quelli frai suoi coeredi, i quali volessero che la eredità venisse accettata, potrebbero forse imporre quindi, col proprio fatto, l' obbligo della collazione a quelli frai loro coeredi i quali volessero per contrario che vi si rinunziasse?

Per la negativa puossi così ragionare:

Comechè generale un testo, non debbesi nulladimeno applicare ad una ipotesi che torna indubitato lo stesso legislatore non avervi voluto comprendere, segnatamente quando l' applicazione medesima produrrebbe risultamenti opposti alla ragione ed alla equità;

Or, da un lato, è indubitato che il legislatore, nell' art. 782, unicamente mirando alla quistione dei debiti, non ha menomamente volto il pensiero alla quistione della collazione: il motivo di cotesto articolo, ufizialmente manifestato, cioè la regola da esso sancita *non nuocere ad alcuno*, dimostra che, nello intendimento dei suoi autori, la regola medesima non dovevasi applicare al caso in cui l' accettazione col benefizio dello inventario potesse per contrario, con l' obbligo della collazione, apportare ai coeredi in disaccordo un notabile nocumento: d' altro lato cotesta applicazione dell' art. 782 all' addotta ipotesi tornerebbe di fatti manifestamente iniqua e piena di pericoli; avvegnachè gli eredi più saggi e cauti si troverebbero in balia degli altri eredi, forse di un solo erede, il quale potrebbe, coi suoi falsi computi, con la sua ostinazione, e forse con una frandolenta connivenza con gli eredi della eredità cui la collazione dovrebbesi fare; trascinarli alla più disastrosa accettazione;

Dunque l' art. 782 non è applicabile a tale ipotesi; e quindi è mestieri attribuire anche oggidì per questo caso al magistrato la facoltà, attribuitagli un tempo, di esaminare il *quid utilius*.

Conseguentemente dilemma.

O l' interesse della rinunzia sarà evidente; ed in tal caso il magistrato potrà permettere a coloro i quali la invocano il farla in nome di tutti;

O per contrario la quistione di fatto parrà dubbia; ed allora potrebbe permettere a' propugnatori dell' accettazione il fare, in nome di tutti, l'accettazione col beneficio dello inventario, ma a condizione di garentire gli altri dal nocumento che loro arrecherebbe la condizione per costoro di contentarsi di tal garentia e non partecipare a' fausti eventi di questa accettazione, a' cui tristi eventi non vogliono soggettarsi (confr. Delvincourt, t. II, p. 28, nota 7; Demante, t. III, n°. 102 *bis*, II; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 782; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 433).

Tal conclusione sarebbe al certo sommamente ragionevole; ma nulladimeno ci pare malagevole lo ammettere, atteso i termini assoluti dell' art. 782, il quale dichiara indistintamente, che *se questi eredi non sieno fra loro d' accordo .... deve la eredità accettarsi col benefizio dell' inventario*. Finalmente ciò che ha voluto il legislatore si è rimuovere così le divergenze, che potrebbero sorgere, fra gli eredi, sul miglior partito da prescegliere, sotto il punto di veduta dell'interesse collettivo e comune della stessa eredità val dire di tutti gli eredi collettivamente: or precisamente questa è la nostra ipotesi, in cui trattasi conoscere, nello interesse collettivo della stessa eredità, qual partito sarebbe il migliore. E pongasi mente che, nel caso in cui le dissidenze sorgessero circa l'accettazione col beneficio dello inventario e la rinunzia, avranno di fatti, per lo più, per causa una quistion di collazione.

Dunque opineremmo che, eziandio in tal caso, l' art. 782 sarebbe applicabile, senza potersi rendere, chi abbia voluto che si accettasse la eredità, risponsabile, verso gli altri, delle conseguenze nocevoli che l'accettazione medesima potrebbe produrre; dappoichè si è semplicemente servito del proprio diritto.

Se non che debbonsi accettare i casi di frode, come se venisse dimostrato essersi l'erede ostinato a voler l' accettazione per effetto di un concerto doloso con gli eredi dell'altra eredità, cui dovevasi far la collazione (confr. Duranton, t. VI: n°. 440; Marcadé, art. 782; Taulier, t. III, p. 232-233; Vazeille, art.

782; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n°, 575; Bugnet sopra Pothier, t. VIII, p. 424; Mourlon, *Rept. scrit.*, t. II, p. 93; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 303; Tambour, p. 445-446).

350.—2° Sospingiamoci più oltre: supponiamo che quello fra gli eredi il quale voglia,in qualsiesi evento! che si accetti la credità devoluta al comune autore sia esso medesimo personalmente erede del donante, alla cui eredità dovrà farsi la collazione: questa ipotesi non è impossibile; anzi spesso può avverarsi per effetto di più matrimonii contratti nella stessa famiglia.

Ebbene adunque! allora forse converrà che tutti gli altri eredi soggiacciano all'obbligo di una collazione ad evidenza svantaggiosa per la eredità del comune autore e la quale debbe per contrario giovare all'eredità, in cui precisamente quello fra gli eredi il quale voglia che venga accettata debbe conseguire,in tutto o in parte, l'oggetto di questa collazione?

Nella maggior parte i su riferiti autori(*supra*, n. 349) insegnano, eziandio in tal caso, l'affermativa; ed il vero si è che il testo della art. 782 sembra generico. Puossi anche soggiugnere che, vigente l'antico diritto, ricorrevasi acgnatamente all'autorità del magistrato, nel caso precisamente in cui la divergenza fra gli eredi provenisse dalla diversità de'loro interessi (*ved.* Lebrun, *delle Success.*, lib. I, cap. IV, sez. VI, dist. 1, n°. 25; *Novello Denizart*, v. *Erede*, § 10, n. 2); e pare che tal caso siasi ancor contemplato da'compilatori dell'art. 782; dappoichè Cambacérès diceva « poter tornare vantaggioso ad alcuni che il defunto avesse rinunziato e ad altri che avesse accettato: » (Fenet, t. XII, p. 45).

Ma non pertanto ciò è molto più grave! ed a noi tornerebbe malagevole lo ammettere avere il legislatore inteso permettere ad uno degli eredi di sagrificare sì evidentemente il comune interesse di tutti al suo interesse particolare ed individuale.

Abbiamo osservato esser mestieri eccettuare dall'art. 782 il caso in cui venisse dimostrato che quello fra gli eredi, il quale siasi ostinato a voler l'accettazione,si fosse posto fraudolentemente in collusione cogli eredi dell'altra eredità,cui doveva giovare la collazione; tutti convengono che in tal caso l'erede medesimo sarebbe risponsabile, verso i suoi coeredi, di tutto il danno che potrebbe emergere per essi dall'accettazione col beneficio dello inventario *supra*, n°. 349);

Or non puossi sostenere con somma verosimiglianza che quello fra gli eredi, erede nell'altra eredità, cui debbe farsi la collazione, colluda in certa guisa con sè stesso! E non incontrasi forse una frode dimostrata, *dolus re ipsa*, quando voglia così ad evidenza vantaggiare sè stesso e lui solo in detrimento de'suoi coeredi! (art. 1382—1336).

351 —Altronde basta che un solo degli eredi voglia accettare, per essere l'art. 782 applicabile, ancorchè tutti gli altri, per quanto numerosi si possano supporre, divisassero per la rinunzia.

È a dire lo stesso, qualora, fra gli eredi, trovisi un minore o un interdetto (*supra*, n. 329; Poujol, art. 782, n°. 2).

352.—Se tutti gli eredi sieno di accordo per accettare col benefizio dello inventario, è manifesto tornare oziosa l'autorizzazione del giudice.

Ma cotesta autorizzazione sarebbe forse necessaria in caso di disaccordo fra gli eredi?

È questo il sentimento di Demante, pel motivo « che nessuno erede ha qualità per fare, in nome degli altri, l'accettazione col beneficio dello inventario da parte del defunto. » (T. III, n. 102 *bis*, V).

Per contrario potrebbesi sostenere che dall'art. 782 risulta che ciascuno degli eredi ha qualità per fare tale accettazione in nome degli altri(confr. Tambour, p. 446).

Non pertanto opineremmo che la dottrina di Demante sarebbe più regolare, tranne quando gli eredi, riconoscendo che il loro disaccordo rende necessaria l'applicazione dell'art. 782, convengano di conferire ad uno di essi il mandato di accettare col beneficio dello inventario in nome degli altri.

353.—Abbiamo osservato (*supra*, n. 345) che gli eredi del trapassato , dopo avere rinunziato alla eredità devolutagli, possono accettare ancora la eredità stessa, in conformità dell'art. 790.

Ma, in tale particolare ipotesi , avvisiamo esser mestieri che tutti gli eredi sieno di accordo, e che conseguentemente l'art. 782 tornerebbe inapplicabile :

Da un lato l'art. 782 ad evidenza ai riferisce all'art. 781 e statuisce intorno alla stessa ipotesi;

Or la ipotesi contemplata con l'art. 781 è quella in cui il comune autore sia morto *senza avere ripudiato o accettato la eredità espressamente ovvero tacitamente*.

Dunque l'art. 782, a norma del positivo

suo testo, è di fatti applicabile quando il comune autore non avesse ancora prescelto un partito.

D'altro lato il motivo della legge si è che tutti gli eredi collettivamente debbono, per quanto sia possibile, porsi di accordo di agire come il loro stesso comune autore avrebbe verosimilmente agito.

Or il comune autore avendo qui manifestato la sua volontà, non ovvi su tal punto alcuna incertezza;

Dunque allora la regola debbe essere che ciascuno dei suoi successori può richiedere attenersi alla determinazione da lui presa, tranne quando tutti sieno di accordo per adottarne un'altra (confr. Demante, t. III, n. 102 *bis*, VI).

354.—Può sembrare di procardica soluzione la quistione se l'art. 782 sia applicabile agli eredi di un successore irregolare, morto senza aver dimandato la immissione in possesso della eredità devolutagli, e senza avere in alcuna guisa rinunziato al diritto di dimandarla.

L'affermativa parrebbe emergere dai principii che abbiamo sempre mantenuti circa i successori irregolari.

I testi del titolo in esame, abbiam detto, i quali determinano i diritti e le obbligazioni degli eredi legittimi, sono in generale applicabili ai successori irregolari, quando i testi medesimi sieno poggiati su motivi i quali sono di fatti applicabili a tutti i successori qualsivogliano *in universum jus defuncti* (*ved.* il t. I, n. 156-157);

Or il motivo su cui poggia l'art. 782 ha cotesto carattere : coloro i quali succedono ad una persona non possono congiuntamente avere altro diritto tranne quello competente alla persona medesima : è questa la ragione da cui muove l'articolo in esame; e tal ragione è sempre ben fondata per gli eredi, senza distinguere se succedano ad un erede legittimo o ad un successore irregolare ;

Dunque il diritto di dimandare la immissione in possesso, indivisibile in persona del successore irregolare, debbe essere parimento indivisibile nella persona collettiva dei suoi eredi o successori qualsivogliano : dunque, se tali eredi non siono di accordo, è mestieri applicare l'art. 782.

Non pertanto la opposta dottrina è stata suggerita da Demante, il quale la insegna del pari circa gli eredi dei legatarii, che vanno, ocme i successori irregolari, sottoposti all'obbligo di dimandare il rilascio(art. 1004, 1011, 1014—930, 965, 968).

« Siccome il semplice diritto di successione uei beni, dice il dotto autore, non mi sembra meno divisibile del diritto di comunione, così non so se non sarebbe meglio rimuovere allora il disaccordo mercè l'art. 1475 che mercè l'art. 782. Ciò mi parrebbe soprattutto ragionevole, se il successore irregolare, morto senza aver deliberato, fosse un figlio naturale in concorso con eredi legittimi; avvegnachè sarebbe affatto semplice, se la porzione sua si fosse accettata parzialmente, lasciare il rimanente alla eredità legittima, come lasciasi al marito la porzione non presa nella metà spettante alla moglie. » (T. III, n. 102 *bis*, VII.)

Cotesta soluzione potrebbe, ne convenimmo, parer di fatti ragionevolissima; ma è pure uuisona alla logica ed ai principii? A noi tornerebbe tanto più malagevole lo immaginarlo, in quanto che non ammettiamo, per ciò che ci riguarda, il diritto dei successori irregolari essere *un semplice diritto di successione nei beni* (vod. il t. I, n. 157, o *supra*, n. 24 e seg.).

355.—Gli eredi, i quali accettino col beneficio dello inventario, in conformità dell'art. 782, la eredità devoluta al loro autore, debbono osservare, come ben si comprende, le formalità e le condizioni cui la legge ha sottoposto l'accettazione col beneficio dello inventario.

E se facessero un atto di natura tale da trar seco la decadenza da questo beneficio, dovrebbero venir tutti dichiarati eredi puri e semplici, se fossero tutti di fatti concorsi a tale atto.

Ma non ci parrebbe possibile che il fatto di uno o di alcuni fra essi potesse produrre il risultamento di privare gli altri, i quali non vi avessero partecipato, del beneficio dello inventario. Quelli i quali non ne avessero osservato le condizioni dovrebbero dunque soli soggiacere alle risponsabilità ed allo decadenze che ne emergerebbero. È ben vero che l'unità di situazione, che erasi voluto stabilire, troverebbesi quindi sovvertita; ma è mestieri ammettere che la leggo non ha con massima esattezza fermato siffatta ipotesi.

Converrebbe applicare le su esposto soluzioni nel caso contemplato con l'art. 800 — 717, val dire nel caso in cui un creditore avesse ottenuto, sia contro tutti i coeredi, sia contro uno di essi, una sentenza con la quale

fossero stati condannati in qualità di eredi puri e semplici (Decis. C. di Caen, 4. camera, 17 giugno 1829, Bonnichon; Tambour, p. 447; ed il nostro *Trattato della minore età*, ec., t. VIII, n. 702).

355 *bis.*—È indubitato che l'accettazione o la rinunzia possano farsi per mezzo di mandatario.

È ben vero che, appo i Romani, l'accettazione o almeno l'accettazione espressa (*aditio haereditatis*), risguardata come atto legittimo, non poteva aver luogo *per curatorem*, in conformità della legge 90 (ff. *de adquir. vel omit. haeredit.*), val dire, *per procuratorem*, come fa osservare Cujacio (*Observ.* l, cap. XXXIV; agg. l. 77, ff. *de regul. juris*).

Ma per contrario abbiamo sempre ammesso in Francia la possibilità di un mandato in tal circostanza; e nulla effettivamente, in ragione e per massima, potrebbe opporcisi.

Se non che conviene per altro che il mandato sia speciale per accettare o rinunziare; dappoichè trattasi di un mandato avente per obbietto un atto, in ambedue i casi, infinitamente grave, ed il cui risultamento debbe essere l'obbligare il mandato o l'alienare in suo nome (confr. art. 1988, 934 — 1860, 858; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 2; Furgole, *dei Testam.*, cap. X, sez. 1, n. 39; *Novello Denizart*, v. *Adizione di eredità*, § 12; *infra*, n. 387 e 461.)

356.—N° 2. L'accettazione e la rinunzia non comportano alcuna specie di modalità; e non possono farsi a termine, nè sotto condizione, nè parzialmente.

Di fatti tutti i testi in esame assolutamente escludono queste specie di restrizioni (conf. art. 724, 774, 777, co.—645, 691, 694).

E questi testi sono altamente consoni ai principii del pari che allo interesse della società e dei terzi.

In Roma insegnavasi che l'*aditio haereditatis* era un *actus legitimus*, il quale, per tal ragione, non poteva comportare *vel diem, vel conditionem* (l. 77, ff. *de regul. juris.*)

Ma, comunque non abbiamo ammessi *cotesti atti legittimi* dei Romani, era pure, nel nostro antico diritto, indeclinabile regola che l'accettazione o la rinunzia non erano suscettive di alcuna modalità (Confr. Furgole, *dei Testam.*, cap. X, sez. 1, n. 90 e 151; *Novello Denizart*, v. *Erede.*, § 9).

In vero importa al bene generale dello Stato ed al particolare interesse dei terzi, dei creditori e dei legatarii che il chiamato dalla legge per continuare e rappresentare la persona del defunto ne divenga effettivamente, senza voto e restrizione, il continuatore ed il rappresentante: è questa la ragione per cui la legge gli deferisce la eredità, senza termine, nè condizione, nè restrizione: or è manifesto che l'erede può accettare o rinunziare l'eredità come gli viene deferita; e non potrebbe competergli il sospendere, nè limitare, nè modificare da ultimo, in qualsivoglia modo, per fasto proprio, il diritto dei terzi interessati (confr. Chabot, art. 774, n. 10; Duranton, t. VI, n. 368 e 477; Toullier, t. II, n. 339; Taulier, t. III, p. 224).

357.—Dunque non potrebbero farsi a termine l'accettazione nè la rinunzia.

Nè *ex die*, per produrre il loro effetto a cominciare da un determinato intervallo, a cominciare dall' apertura della successione; dappoichè l'art. 777—694 imperativamente dispone che l'effetto dell'accettazione risalga al giorno dell'apertura della successione; del pari che, in conformità dell'art. 785—702, l'erede rinunziante reputasi non essere stato mai erede;

Nè *ad diem*, per cessare di produrre il loro effetto dopo un determinato tempo: *sine dubio*, diceva Ulpiano, *haeres manebit*, *qui semel extitit* (l. 7, § 10, ff. *de Minoribus*); di qui la massima *semel haeres, semper haeres*, (art. 783 — 700).

E, rispetto alla rinunzia, deve essere diffinitiva ed irrevocabile al pari dell'accettazione (confr. art. 785, 790 — 702, 707).

358. — L accettazione e la rinunzia debbono eziandio *aver luogo puramente*, come diceva Furgole, *senza andar complicate da veruna condizione.*

E, come l'erede non potrebbe accettare sotto condizione che l' eredità sarà vantaggiosa: *si solvendo haereditas est* (l. 51, § 2: ff. *de adquir. vel omitt. haered.*; confr. arresto C. cass. 5 febb. 1806, de Geyr, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.* n. 563);

Così non potrebbe rinunziare, sotto la condizione, per esempio, che la eredità verrà dimostrata tenue dietro la correlativa liquidazione, o che una causa pendente non sarà guadagnata, o che la donazione o il legato fattigli non verranno dichiarati nulli (confr. decis. C. di Pau 24 novembre 1837, Danty, Dev., 1838, II, 377; di Digione 20 dic. 1845, Jaunin, Dev. 1846, II, 57).

359. — Da ultimo similmente l'accettazio-

ne e la rinunzia non potrebbero aver luogo per una parte della eredità, e molto meno per un oggetto individuale; e debbono di necessità applicarsi a tutto il dritto creditario, devoluto al successore chiamato dalla legge, sia a tutta l'eredità, se sia chiamato per lo intero, sia a tutta la porzione per cui trovasi chiamato, se sia chiamato soltanto per una porzione: « *qui totam haereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.* » (l. 1 e 2, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*; *Novello Denizart*, v. *Erede*, § 9, n. 7; Lacombe, v. *Atto di* erede.)

E questa la ragione per cui, in conformità dell'art. 786 — 703, la porzione del rinunziante si accresce ai suoi coeredi (confr. l. 9, ff. *de suis et legit. haered.*)

Dunque con sommo fondamento si è statuito che l'erede di una donna che abbia contratto matrimonio sotto la regola dotale non poteva accettare la eredità circa i beni dotali, e rinunziarvi circa gli altri beni (confr. arresto C. cass. 20 dic. 1841, Formel, Dev. 1842, 1, 283; agg. sentenza del trib. civ. della Senna 18 apr. 1857, Anold, *Monitore dei tribunali* del 14 giu. 1857.)

360. — Qual dovrebbe essere la sorte di un'accettazione o di una rinunzia fatta a termine, sotto condizione, o parzialmente?

Relativamente alla rinunzia, generalmente si conviene che sarebbe allora necessario considerarla come non avvenuta.

Di fatti che cosa è mai la rinunzia? è lo intendimento manifestato dall'erede di rimanere interamente e pienamente estraneo alla eredità (art. 785—702); e l'erede, il quale non manifesti tale intendimento, non rinunzia effettivamente.

Or chi abbia rinunziato a termine, sotto condizione o parzialmente, non ha manifestato la volontà di rimanere assolutamente estraneo alla eredità;

Dunque non ha fatto una compiuta rinunzia; e, siccome potrebbesi dichiararla valida solo considerandola pura e semplice, illimitata ed integrale, val dire andando ad evidenza oltre il suo intendimento, così l'unico partito che si possa prendere si è il dichiararla nulla per lo intero, e statuire trovarsi l'erede nello stesso stato che se nulla avesse fatto (confr. art. 1172 — 1125; arresto C. cass. 29 marzo 1842, Brivazac, Dev., 1842, II, 461; Chabot, art 784, n. 5; Duranton, t. VI, n. 478; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, d. 282; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 663).

361.—È mestieri dire altrettanto dell'accettazione fatta sotto condizione.

L'accettazione, al pari della rinunzia, è un atto di volontà; e non può avere altro effetto tranne quello che l'erede abbia inteso attribuirvi;

Or è manifesto che l'erede, il quale abbia accettato condizionalmente, non ha inteso legarsi senza riserva alla credità.

Dunque non potrebbesi andare oltre i termini della sua accettazione, senza dichiararlo erede suo malgrado (art. 775—692; e siccome tali riserve sono inammissibili, così l'unico partito da prendersi si è il risguardare non avvenuta e dichiarare assolutamente nulla ogni accettazione condizionale.

Nulla aditio est, diceva Ulpiano, precisamente di un'*adizione*, di una accettazione condizionale (l. 51, § ult., ff. *de adquir. vel omitt. haered.*

Tal è pure la generale dottrina (confr. artic. 1172; arresto C. cass. 3. ag. 1808, Brandi, Sirey, 1808, 1, 490).

Non pertanto Toullier parrebbe dipartirsene (t. II, n°. 339); ma tale aberrazione è con somma sagacia ravvisata dal suo onorevole annotatore Duvergier; il quale osserva che « l'erede impossessato, il quale abbia accettato condizionalmente, reputasi non avor manifestato, alcuna volontà; che consegnentemente debbesi considerare accettante, quante volte abbia dichiarato positivamente essere sua intenzione di non rimanere erede » (*loc. supra cit.*, nota 2).

362. — Le opinioni seno più divergenti quando trattisi di determinare la sorte di una accettazione a termine o parziale.

A norma di una dottrina antichissima, da Furgole rammentata per confutarla, dovrebbesi allora dichiarare valida l'accettazione, riguardando non scritta la modalità appostavi (*de'Testam.*, cap. X, sez. I, 155).

E pure a'tempi nostri si è insegnato che, mentre l'accettazione condizionale debbesi considerare non avvenuta, *l'accettazione a termine o parziale equivale per contrario ad un' accettazione illimitata o integrale* (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 253; Massé e Vergé, t. II, p. 303; Toullier, t. II, n°. 312 *bis*; Chabot, art. 774, n. 10; Duranton, t. VI. n. 374).

Cotesta soluzione sarebbe, a parer nostro, troppo assoluta; ed avvisiamo doversi fare una distinzione:

O risulta dalle circostanze di fatto, che la

validità dell'accettazione a termine o parziale non è stata, nello intendimento dell'accettante, subordinata condizionalmente al mantenimento di questa modalità;

O per contrario viene ammesso in fatto che l'erede, il quale abbia accettato a termine o parzialmente, ha inteso non accettare totalmente, se cotesta modalità fosse segregata dalla sua accettazione.

Nel primo caso avvisiamo altresì che l'accettazione a termine o parziale debbesi considerare illimitata o integrale: quindi, per esempio, l'erede il quale abbia accettato la porzione, per cui viene chiamato, non può sottrarsi alle conseguenze del diritto di accrescimento (art. 786—703): avverrebbe al certo lo stesso, nel caso in cui l'erede avesse disposto di una parte de'beni ereditarii, dichiarando volere accettare soltanto per quelli. Tal dichiarazione dovrebbesi indubitatamente riputare non scritta; dappoichè il disporre a titolo di proprietario *eziandio della più piccola parte delle eredità*, dice benissimo Furgole (*loc supra cit.*), rende di necessità erede per le altre porzioni, non ostante ogni pretesta in contrario, smontita allora dalla forza irresistibile dello stesso fatto (*infra*, n. 464).

Per contrario nel secondo caso non iscorgiamo per qual ragione l'accettazione a termine o parziale non dovrebbe venir dichiarata pienamente nulla, qualora di fatti l'accettante avesse inteso subordinarne la validità al mantenimento della modificazione, sotto cui unicamente avesse consentito di vincolarsi. Tale ipotesi sarebbe al certo infinitamente rara; ma da ultimo, se accadesse, qualora, per esempio, una espressa accettazione, senza alcuna immistione ne' beni ereditarii, si fosse fatta a termine o parzialmente, concluderemmo doversi risguardare non avvenuta.

Magis est nihil actum esse: così concludeva parimente in Roma il giureconsulto Marcello (l. 75. ff. *de adquir. vel omit. haered.*)

E Furgole, vigente il nostro antico diritto; professava similmente che: « puossi divenire erede per la volontà e la intenzione dimostrate; per modo che colui il quale voglia essere erede per una porzione, manifestando tal volontà per la porzione che intende accettare, potrà, rigorosamente parlando, addivenire erede per la porzione accettata e non per le altre, cui rinunzia; e la volontà sua non potendo dividersi, la sua accettazione debbe di necessità tornare inefficace, essendo indivisibile l'accettazione; che quindi non potendo parzialmente valere, non può valere per nulla ... » (*De'Testam.* cap. X, sez. 1, n. 153; agg. Merlin, *Rep.*. *Legatario*, § 5; Rigaud e Championnière, *Trattato de'diritti di registro*, t. 1, n. 527-528).

362 *bis.*—Altronde l'accettazione, al pari della rinunzia, è un atto meramente unilaterale: ed esse producono il loro effetto, mercè la sola manifestazione della volontà dell'erede *senza esser necessaria alcuna accettazione stipulazione intervento* o *approvazione* da parte de'terzi interessati de'creditori, de'legatarii, e degli altri eredi (Furgole, *dei Testam.*, cap. X, sez. 1, n. 95).

In somma qui non iscorgesi *contratto*, ma semplicemente, in ultima analisi, un *quasi-contratto* (confr. Inst. *de obligat. quae quasi ex contractu nasc.*, § 5; *ved.* pure *infra*, n. 517).

362. *ter.*—Dalle quali cose risulta che l'accettazione o la rinunzia avendo luogo *generaliter, in rem*, come avrebbero detto i Roman, e non *in personam*, non producono soltanto effetti relativi ad una determinata persona interessata, ma producono per contrario effetti assoluti rispetto a tutti.

Poco monta, per esempio, che l'accettazione siasi fatta dall'erede in un atto, stipulato con un solo de'creditori: se abbia assunto, in questo atto, la qualità di erede, debbe essere risguardato accettante verso gli altri creditori e tutti gli altri interessati, i quali conseguentemente possono argomentare da tale atto, comunque non vi sieno stati parte; dappoichè trattasi di una sola quistione, cioè l'erede ha forse manifestato la intenzione di legarsi diffinitivamente alla eredità? e tale intenzione manifestata una volta, addiviene la accettazione necessariamente totale ed assoluta, avendo ravvisato non poter essere parziale nè relativa. Precisamente in questo senso ed in questa proporzione si è potuto sostenere con fondamento essere la qualità di erede indivisibile (confr. Furgole, *loc. supra cit.*; *Novello Denizart*, v. *Erede*, § 9; Duranton, t. VI, n. 374; Taulier, t. III, p.225).

363.—Abbiamo esposto le regole, le quali sono in generale comuni a ciascuna delle tre determinazioni cui l'erede può attenersi val dire all'accettazione pura e semplice, alla rinunzia ed all'accettazione col beneficio dello inventario (*supra*, n. 262-263).

Ora dobbiamo successivamente ragionare in modo speciale:

1° Dell'accettazione pura e semplice;
2° Della rinunzia;
3° Del beneficio dello inventario;
4° Da ultimo esporremo il sistema delle eredità giacenti nel luogo in cui ne ha trattato il nostro Codice.

SEZIONE II.

Dell'accettazione pura e semplice.

SOMMARIO.

364.—Che cosa sia l'accettazione pura e semplice.
365.—Divisione.

364. — L'accettazione pura e semplice è un atto onde l'erede appalesa il suo intendimento di consolidare nella propria persona il possesso legale, e diffinitivamente rimanere il rappresentante del defunto.

Il vocabolo *accettazione* è al certo appo noi più esatto della espressione *adizione di eredità*, che non pertanto spesso rinviensi nelle opere de'nostri antichi autori, i quali l'avevano desunta dalle leggi romane; che i nostri moderni autori han proseguito eziandio ad adoperare talvolta; e che lo stesso legislatore ha adoperato nell'art. 779—696.

Per diritto romano l'erede *extraneus* potendo acquistare la eredità mercè l'accettazione, spettava di fatti a lui lo andarne in cerca; e la farmola *adire haereditatem* (*ire ad haereditatem*), con massima esattezza esprimeva tal situazione.

Ma, per diritto francese, in cui la eredità al contrario va, per così dire, in cerca dell'erede, per effetto del possesso legale, la espressione *adizione di eredità* non rappresenta convenientemente i nostri principii (art. 724—645; *ved.* il tomo I, n°. 135, e *supra*, n. 315).

365.—Relativamente all'accettazione pura e semplice dovremo esaminare tre principali punti.

1°. In qual modo possa aver luogo;
2° Quali sieno i suoi effetti;
3° Per quali cause possa rescindersi; e quali sieno in tal caso gli effetti della rescissione.

§. I.

In qual modo l'accettazione pura e semplice può aver luogo?

SOMMARIO.

366.—L'accettazione pura e semplice è espressa o tacita — Tre osservazioni sono primieramente comuni ad ogni specie di accettazione, sia espressa, sia tacita:
367.—A. La quistione se un determinato atto costituisca accettazione non è sempre e di necessità una semplice quistione di fatto, la quale non possa sommettersi alla Corte di cassazione: per contrario essa può trar seco una quistione di diritto.
368.— B. I due modi di espressa o tacita accettazione possono aver luogo del pari in tutti i casi; o, per esempio, l'erede, il quale abbia dapprima rinunziato, può poscia accettare, sia espressamente, sia tacitamente.
369. — C. Nel dubbio non è da presumere lo intendimento di accettare.
370. Divisione.

366 — L'art. 778—695 dichiara:
« L'accettazione può essere espressa o tacita: è espressa quando si assume il titolo « o la qualità di erede in un atto autentico o « privato; è tacita, quando l'erede fa un atto « che suppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità, e che non avrebbe « egli diritto di fare, se non nella qualità di « erede ».

L'accettazione, qualunque siane il modo, è sempre essenzialmente un atto della volontà dell'erede; di fatti *chi non vuole* non è erede! (art. 775—692).

Se non che questa volontà può manifestarsi in due diversi modi:
Sia espressamente;
Sia tacitamente.

Laonde, per diritto romano, l'adizione di eredità poteva farsi *vel, vel verbis ...., aut pro haerede gerendo, aut nuda voluntate* (§ 7 Quest. *de haered. qualit. et differ.*)

E similmente Pothier, vigente il nostro antico diritto, insegnava che l'accettazione poteva farsi *aut verbo aut facto* (*delle Success.* cap. III, sez. III; ed introd. al tit. XVII, della cons. di Orleans, n.° 44.)

Ciò che in Parigi, affermava pure Davot, esprimesi precisamente con la formola *capace di* DICHIARARSI *erede* (t. III, lib. III, *trattato* V, cap. XV, § 2).

Epperò l'articolo in esame distingue eziandio due specie di accettazioni o piuttosto due modi diversi di accettare, cioè uno espresso, l'altro tacito.

Noi successivamente ci faremo a disaminarli.

Conviene primamente fare tre generali osservazioni, applicabili del pari a ciascuno di essi.

367. — A. Gli stessi autori del nostro Codice, per antivenire, per quanto più fosse possibile, i pericoli della incertezza e dell'arbitrio, i quali debbonsi particolarmente tenere all' obbietto, hanno supremamento determinato i caratteri legali de' fatti, da cui potrebbesi desumere la volontà di accettare da parte dell' erede:

Di fatti l' art. 778 stabilisce la legale definizione di entrambe le accettazioni.

Talchè il duplice dovere de' magistrati si è nel tempo stesso:

Da un lato dichiarare esservi accettazione, quando i fatti della specie loro sottoposta offrano i caratteri e le condizioni da cui la legge fa emergere la pruova della volontà di accettare;

E, d'altro lato, dichiarare non esservi accettazione, quando per contrario i fatti non presentino tali condizioni nè tali caratteri.

Indubitatamente il punto se vi sia o pur no accettazione potrà, per lo più, offrire una quistione d' interpretazione di volontà, val dire una semplice quistione di fatto.

Ma non pertanto non sarebbe ben fondato il sostenere assolutamente, come si è praticato, cho tal quistione trovasi abbandonata, per la forza medesima delle cose, alla disamina del magistrato (confr. Marcadè, art. 778, n. 3, Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 304; D., *Rac. alfab.*; v. *Success.* n.516.)

Di fatti ciò che sarà sempre indispensabile, in punto di diritto, si è che la disamina del fatto abbia luogo sotto l' impero della definizione data dal legislatore, e, se lice così esprimersi, nell' ambito delle condizioni da lui stabilite.

Dunque, in simil caso, rivengonsi sempre due quistioni le quali, andando per lo più frammiste, rimangono sempre distinte, cioè l' una di fatto, l' altra di diritto.

Quali sono gli elementi dell' atto in disamina? è questo il punto di fatto; e la cognizione supremamente ne compete ai tribunali di prima istanza ed alle corti imperiali.

Quali debbono essere le legali conseguenze del fatto tal quale rinviensi assodato? è questo il punto di diritto, e conseguentemente competerebbe alla Corte di cassazione il conoscerne. Dunque la Corte di cassazione, a norma degli stessi fatti tali quali trovansi assodati dal magistrato, potrebbe cessare la costui decisione per violazione o falsa applicazione dell'art. 778,e statuire, secondo i casi, che da tali fatti la impugnata decisione erroneamente ha inferito, sia che vi fosse, sia che non vi fosse accettazione (confr. arresti C. cass. 27 giugno 1828, Castenoy, D., 1828, I, 300; 27 giugno 1837, l' amministraz. del registro, Dev., 1837, I, 579; arresti C. cass. 23 dic. 1846,Bigot, Dev.,1847, I, 48; 4 apr. 1849,l'amm. del registro Dev.,1849,I, 438).

In somma è mestieri osservare qui la stessa regola che in materia di novazione. La novazione altresì può emergere dalla sola volontà delle parti (art. 1101, 1134, 1273—1055, 1088, 1227); e, sotto questo punto di veduta, compete al giudice del fatto il disaminare gli elementi da cui può sorgere la pruova della loro volontà; ma, nel tempo stesso, avendo il nostro Codice determinato i caratteri legali della novazione (art.1271—1225), compete pure alla Corte di cassazione il valutare il carattere de' fatti, tali quali il magistrato gli ha assodati, il valutarlo, noi affermiamo, nei loro rapporti con la legge ed avuto riguardo alle legali conseguenze che debbono produrre (conf. arresti C. cass. 15 gen. 1835, Daire, D. 1835, I, 121; 22 giugno 1841, Barband, Dev., 1841, I,473; 19agosto 1844, de La Bonnevaliére, Dev., 1845, I, 38).

368. — B. I due modi di accettazione possono aver luogo similmente in tutti i casi; e ne' testi e nei principii non rinviensi alcun motivo di non potero una credità sempre accettarsi indistintamente nell' uno o nell' altro modo, sia espressamente, sia tacitamente.

Per esempio, avverrebbe così indubitatamente, nella ipotesi contemplata con l' articolo 790 — 707; e l' erede, il quale avesse dapprima espressamente rinunziato alla eredità (art. 784 — 701), potrebbe poscia accettarla eziandio tacitamente (confr. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 303.)

369. — C. Finalmente la nostra terza ed ultima osservazione generale è la seguente (vedi *supra*, n. 366).

Vogliam dire che conviene, a parer nostro, nelle innumeri quistioni d'interpetrazione cui la subbietta materia può dar luogo, non perdere di mira la saggia ed equa massima *chi non vuole non è erede*, e rammentarsi sempre che l' accettazione deve di necessità annunziare, da parte dell' erede, la volontà di vincolarsi irrevocabilmente verso l' eredità.

Indubitatamente è mestieri che l'erede, il quale abbia debitamente accettato, non possa recedere dalla volontà da lui manifestata: *semel haeres, semper haeres* !

Ma dal perchè l'accettazione, appena seguita, diviene irrevocabile, discende precisamente un motivo efficacissimo per non ravvisarla troppo agevolmente in atti dubbii ed equivoci.

La rinunzia ad un diritto non si presume: or l'accettazione è la rinunzia al diritto di rinunziare.

È forza soprattutto rimuovere ogni sorpresa ! ed il voto della legge, il quale è pure il voto dell' equità, è al certo doversi l'accettazione ravvisare in atti i quali manifestino indubitabilmente la volontà di dichiararsi erede.

Tanto insegnava Furgole, il quale stabiliva pure la regola, come *una delle chiavi della materia*: « che un atto ambiguo od equivoco non induce l'adizione ; dappoichè nel dubbio è mestieri prescegliere il partito che esclude l'obbligazione » (*dei Testam.*, cap. X, sez. 1, n. 94).

Basnage scriveva parimente che « è cosa importante il dichiarare qualcuno erede e che le pruove debbono esserne convingenti... » (su l'articolo 235 della consuetudine di Normandia).

E ciò che un tempo affermavano Furgole e Basnage torna viemaggiormente ben fondato nel nostro novello diritto (*infra* n. 396—398).

Laonde tale sembra essere la pronunziata tendenza dell' odierna giurisprudenza ; e con sommo fondamento! (Confr. Chabot, articolo 778, n. 1).

370. — Applichiamo ora tali principii : Primieramente all' accettazione espressa; Indi all' accettaziono tacita.

Nº I.

Dell' accettazione espressa.

SOMMARIO.

371. — La espressa accettazione emerge dalla manifestazione della volontà dell'erede, a prescindere da ogni fatto d' immissione nei beni ereditarii.
372. — In quali termini può mai farsi la espressa accettazione ?
373. — Continuazione. — La espressa accettazione può aver luogo in modo enunciativo.
374. — È mestieri essersi assunto in un atto il titolo o la qualità di erede. — Qual è mai qui il significato del vocabolo *atto* ?
375. — L'accettazione non potrebbe mai essere meramente verbale.
376 — Continuazione.
376 *bis*. — Continuazione.
377. — La espressa accettazione potrebbe forse emergere da mandato verbale conferito dall' erede per accettare la eredità in suo nome ?
378. — Non è necessario che l'atto, in cui abbiasi assunta la qualità di erede, siasi disteso all' obbietto : è sufficiente che l'atto medesimo sia relativo agli affari della eredità.
379. — La espressa accettazione può aver luogo in un atto autentico o in privata scrittura, giudiziale o stragiudiziale. — Esempii.
380. — Potrebbe essa mai emergere da lettera missiva in cui si fosse assunto il titolo o la qualità di erede ?
381. — È uopo disaminare in qual significazione il titolo di erede siasi assunto, se nella sua diffinitiva significazione di *padrone*, ovvero semplicemente nella sua provvisoria significazione *di capace di succedere*.
382. — Continuazione.
383. — Continuazione.
384. — Continuazione.
385. — Non rinverrebbesi espressa accettazione in un atto in cui il capace di succedere non avesse assunto la qualità di erede, anche quando tale atto implicitamente dimostrasse il suo intendimento di accettare.
386. — È mestieri che lo stesso capace di succedere assuma la qualità di erede : non basterebbe che tal qualità gli venisse attribuita da un terzo, eziandio senza protesta da parte sua.
387. — Ma del pari, appena assunta la qualità di erede in un atto, avvi espressa accettazione ; e dessa è irrevocabile. — Esempii.
388. — Continuazione. — *Quid*, se l' atto in cui siasi assunta la qualità di erede venisse dichiarato nullo per vizio di forma o diversamente ?
389. — *Quid*, se la qualità di erede si fosse assunta in un atto il quale formasse parte di una istanza quindi perenta ?
390. — Il capace di succedere, il quale assumesse, in un atto, la qualità di erede, potrebbe forse, facendo riserve e proteste, impedire lo effetto dall' art. 778 attribuito a cotesta assunta qualità ?

371. — L' accettazione è espressa, quando l' erede dichiari, in un atto scritto, il suo intendimento di vincolarsi diffinitivamente verso la eredità.

Questa accettazione è indipendente da qualsivoglia fatto d'immistioni nei beni ereditarii; indubitatamente quasi sempre in occasione dei beni ereditarii, ovvero, più generalmente, degli affari della eredità, segue la espressa accettazione ; ma è vero del pari che essa non va menomamente subordinata ad un atto di immissione, e che ritrae tutta la sua forza dall' unico fatto della manifestazione della vo-

lontà dell' erede, *nuda voluntate* ! (§ 7, Inst. *de haered. qualit. et diff.)*

E Furgole osservava con massimo fondamento non esser necessario *che l'erede abbia toccato qualcuno degli effetti ereditarii* (*dei Testam.*, cap. X, sez. 1, n. 95).

Non pertanto Basnage ha manifestato opposto sentimento:

« Qualunque dichiarazione siasi fatta, egli dice, di accettare una eredità, se nondimeno, *rebus integris*, e prima di toccare la cosa, si muti intenzione per avere riconosciuto onerosa la eredità, debbesi ammettere la rinunzia, come venne statuito nella causa Bazire... » (su l'articolo 235 della cons. di Normandia).

Ma tal dottrina, la quale, sotto l' impero del nostro antico diritto, non veniva pressochè universalmente ammessa, sarebbe oggidì affatto inaccettabile, atteso il disposto con l' articolo 778—695; e l' erede, il quale abbia fatto una espressa accettazione trovasi in avvenire irrevocabilmente vincolato, *ancorchè non abbia toccato la cosa* ! (Confr. articolo 1454, 1455—1419, 1420; arresto C. cass. 4 apr. 1849, l' amm. del registro, Dev., 1849, 1, 438; *ved.* pure *infra*, n. 387).

372. — L' accettazione è espressa sotto ogni rapporto, quando, in un atto *ad hoc*, l' erede dichiari positivamente, ed in *termini espressi*, secondo la espressione di Furgole, *accettare la eredità, volere essere erede*, o in altre formole equivalenti.

Appunto circa siffatte specie di accettazioni Lebrun affermava al certo *non lasciar dubbio le dichiarazioni precise (delle Success.*, lib. III. cap. VIII, sez. II, n. 2).

373. — Ma tali dichiarazioni di accettazione, affatto speciali e *ad hoc*, sono infinitamente rare.

È ben vero che il Codice richiede dichiarazione di tal genere per l' accettazione col benefizio dello inventario e per la rinunzia (articolo 784, 794—701; 711).

Ma il suo sistema è ben diverso relativamente all' accettazione pura e semplice, per modo che l' articolo 778 non sembra neppur prevedere, como esempio di espressa accettazione, una dichiarazione positiva e diretta della volontà di accettare.

Quello articolo ha particolarmente in mira la ipotesi, di fatti più ordinaria, in cui l' erede abbia assunto la qualità di erede in modo semplicemente incidentale ed enunciativo.

E l' articolo in esame considera parimente tal fatto come una espressa accettazione.

Di fatti lo assumere questa qualità, in un atto, il cui obbietto debbe essere, come ravviseremo, relativo alla eredità (*infra*, n. 378); può spiegarsi ragionevolmente mercè la intenzione di accettare da parte del successibile; ed appunto questo è il caso di applicare la massima esser *probante la enunciativa*, come esprimevansi i nostri antichi autori, quando abbia un rapporto diretto con l' oggetto dell' atto in cui si rinviene (confr. art. 1320—1274; Furgole, *loc supra cit.*)

Non pertanto non potrebbesi dissimulare con tale accettazione, denominata pure in questo caso espressa, risulta da una presunzione di volontà; di fatti l' erede non ha dichiarato positivamente accettare; ed unicamente dal fatto di avere assunta la qualità di erede s' inferisce, mercè conseguenza e presunzione, la sua volontà di accettare. Possono forse rinvenirvisi perigli; ed è questa una impellente ragione di attenersi rigorosamente al disposto dall' articolo in esame, e presumere l'accettazione sol quando le condizioni da esso richieste si troveranno pienamente osservate.

374. — E primamente è uopo essersi assunto il titolo e la qualità di erede *in un atto*, dichiara l'art. 778.

Il vocabolo *atto* è suscettivo di più significazioni oltremodo diverse:

Ora dinota una scrittura, destinata ad assodare un fatto qualsivoglia, *instrumentum* : è, sotto alcuni rapporti, in tal senso, sinonimo del vocabolo titolo (*ved.* il nostro tom. IX, n. 597);

Ora esprime la idea di un semplice fatto, di un'azione, *negotium res gesta*, come avrebbero detto i Romani, per cui di fatti l'accettazione tacita era la *pro haerede gestio*.

Or precisamente il vocabolo *atto* rinviensi adoperato ad un tempo nell' art. 778 in queste due varie significazioni :

Primieramente nella sua significazione d' istrumento ;

E poscia, immediatamente dopo, nella sua significazione di fatto o di operazione qualsivoglia (*infra*, n. 391).

375. — Nella prima parte dell' artic. 778, diciamo, il vocabolo *atto* dinota un atto scritto, destinato a comprovare giuridicamente un fatto qualsivoglia, *instrumentum*.

E di qui primamente discende la conseguenza che l'accettazione non potrebbe mai essere meramente verbale, per quanto la dichiarazione a voce di accettare fosse positiva ed e-

splicita, anche quando avesse avuto luogo pubblicamente, e si fosse diretta a persone interessate, a creditori, legatarii o coeredi.

È ben vero che i nostri antichi autori non erano di pieno accordo su tal punto. Lo stesso Furgole scriveva che « l'adizione risulta dalla volontà espressa con parole. » (Cap. X, sez. I, n. 120; agg. nondimeno n. 126); e Basnage divisava parimento che «l'accettazione si fa... dichiarando verbalmente o per iscritto, assumere la qualità di erede.... » (sull'artic. 235 dalla consuetudine di Normandia).

Ma per contrario Ferrière insegnava, «che una semplice dichiarazione verbale non bastava » (sull'art. 317 della consuetudine di Parigi). E tale sembra essere stato pure il sentimento di Pothier, il quale, dopo aver detto potersi accettare una eredità *verbo aut facto*, spiega immediatamente il senso da lui attribuito alla parola *verbo*, richiedendo un atto scritto (confr. *delle Success.* cap. III, sez. III, art. I, § I; ed Introd. al tit. XVII dolla cons. di Orleans, n. 44).

Indubitatamente è questa oggidì la dottrina fermata dal Codice; e con sommo fondamento:sia perchè sarebbe stato oltremodo pericoloso attribuire un effetto di tal gravità o dichiarazioni prettamente verbali, di cui non sempre si determinava con esattezza la importanza, e le quali non offrono pressochè la garentia di una manifestazione di volontà seria e ponderata: sia perchè la pruova del fatto stesso di tali dichiarazioni, e segnatamente dal loro vero carattere, avrebbe potuto divenire sorgente di difficoltà e di giudizii (Duranton, t. VI, num. 372; Toullier, t. III, p. 226; Chabot, art. 778, n. 5; Malpel, numero 191; Vazeille, art. 778, n. 4: Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 252),

376. — Dalle quali cose è uopo conchiudere che nessuna pruova potrebbe ammettersi ad obbietto di dimostrare la esistenza di tal dichiarazione, e che non potrebbesi deferire il giuramento del pari che non potrebbesi offrire la pruova testimoniale.

Di fatti quale obbietto avrebbe tutto ciò, tostochè la stessa confessione del dichiaranto nol vincolerebbe? *frusta proba tur quod probatum non relevat.*

Avverrebbe lo stesso circa la dimanda di un interrogatorio sopra fatti e loro circostanze ad obbietto di dimostrare contra il capace di succedere avere verbalmente assunto il titolo e la qualità di erede.

376 *bis.* — Ma che mai statuire se precisamente in un interrogatorio sopra fatti e loro circostanze il capace di succedere avesse assunto il titolo e la qualità medesima?

Allora opineremmo che la dichiarazione, inserita nel processo verbale d'interrogatorio, non sarebbe più semplicemente verbale, trovandosi scritta in un atto giudiziale (conf. art. 331 C. pr.—128; *ved.* il nostro tom. V, n. 398; *Trattato della paternità e della filiazione*).

Ben si comprende che in questo caso converrebbe, come sempre, che l'erede avesse assunto di fatti tal qualità nella sua diffinitiva ed irrevocabile accettazione; ma, se il suo intendimento, all'obbietto, venisse dimostrato, il processo verbale d'interrogatorio sopra fatti e loro circostanze ci parrebbe dover costituire un atto di espressa accettazione (confr. nondimeno D., *Rac. alfab.*, v, *Success.*, n. 447).

377. — La espressa accettazione potrebbe forse emergere da mandato verbale conferito dall'erede per accettare la eredità in suo nome?

Si è insegnata l'affermativa:

Da un lato, si è detto, l'accettazione, sia espressa, sia tacita, può aver luogo per mezzo di mandatario; ed il mandato, per regola generale, può conferirsi per iscritto o verbalmente (art. 1985—1857).

D'altro lato l'art. 778—695 non forma qui alcuno ostacolo; dappoichè lo assumere verbalmente il titolo di erede è ben diverso dal conferire un mandato verbale di assumere questa qualità. Simigliante mandato dinota una volontà ponderata ed ha una importanza ben diversa da parole, le quali han potuto profferirsi con leggerezza (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 261).

Tale distinzione è al certo ingegnosa; ma nulladimeno la soluzione, che se no desume, sarebbe, a parer nostro, oppugnabilissima;

Di fatti osserveremo che il mandato conferito dal capace di succedere, di accettare in proprio nome, produce immediatamente, di per sè, espressa accettazione (*infra*, n. 387);

Or, in conformità dell'art. 778, la espressa accettazione può emergere soltanto da atto autentico o privato;

Dunque, se il mandato di accettare conferito verbalmente producesse accettazione, vi sarebbe in questo caso, avverso l'art. 778, un' accettazione meramente verbale.

Obbiettasi supporro il mandato una volontà molto più ponderata di semplici parole, lo

quali han potuto profferirsi con leggerezza. Oh! indubitatamente potrebbesi non avere errore nè sorpresa da temere, se si trattasse di mandato verbale conferito precisamente ad obbietto di consentire una espressa accettazione *ad hoc* ed in termini positivi. Ma tale ipotesi non incontrerassi quasi mai (*supra*, n. 372), ciò che per contrario spessissimo avverrà si è che il mandato verbale sarà stato conferito, ad obbietto di figurare in un atto qualsivoglia, in nome del capace di succedere, ed allora non rinverrebbesi molto pericolo nel sostenere che la qualità di erede, assunta a viva voce, conferendo il mandato medesimo, produrrà forse accettazione? Di fatti si avrà forse la certezza che il capace di succedere abbia assunto tal qualità? Soprattutto saprassi forse in qual modo ed in qual senso avrà inteso assumerla? In somma non incontriamo forse qui tutte le incertezze, che la legge, eliminando le accettazioni verbali, ha inteso antivenire, sia circa il fatto dell' accettazione, sia circa la pruova di questo fatto?

378.—Altronde non è necessario che l'atto medesimo in cui siasi assunta la qualità di erede, siasi formato a quest'obbietto, *ad hoc*; e l'accettazione emergerebbe dalla qualità di erede assunta pure in un atto disteso a diverso obbietto.

Non pertanto ciò che è indispensabile si è che l'obbietto dello stesso atto, o almeno della clausola dell' atto medesimo in cui è stata assunta la qualità di erede, sia relativo alla eredità; e la forza stessa delle cose ad evidenza impone così (Confr. Toullier, t. II, n. 325; Demante, t. III, n. 97 *bis*, I).

379.—Un tempo erasi mosso dubbio se l'espressa accettazione potesse farsi per atto privato del pari che per atto pubblico (confr. Ferriéres su l'art. 317 della cons. di Parigi; Furgole, cap. X, sez I, n. 95).

È questa la ragione per cui l'art. 778 diligentemente dichiara che la qualità di erede può assumersi indifferentemente *in un atto autentico o privato*.

E possiamo aggiugnere, con Pothier, *in un atto giudiziale* o *stragiudiziale* (Introd. al titolo XVII della cons. di Orleans, numero 28).

Ciò che forma essenzialmente, al cospetto della legge, la garentia di tale manifestazione di volontà, si è che essa rinviensi in un atto scritto, destinato a comprovare un fatto: ecco la cosa principale: relativamente alla forma dell'atto, è desso una circostanza secondaria.

Un atto di citazione, per esempio, ovvero un precetto intimato ai debitori della eredità, tranne il caso, dice Pothier (*infra*), di disapprovazione dell'usciere o del procuratore, la quietanza di un atto di vendita, un contratto di locazione, sono tutti atti, i quali potranno produrre espressa accettazione, quando vi si sarà assunto il titolo o la qualità di erede o di proprietario (confr. decis. C. di Limoges 19 feb. 1831, Labosche, D. 1833, II, 90; arresti C. cass. 27 giu. 1837, l'amm. del registro, Dev., 1837, I, 579; 4 apr. 1849, l'amm. del registro, Dev., 1849, 1, 438; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 253; Massè e Vergé t. II, p. 304; Duranton, t. VI, n. 373: Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 567.)

Indarno obbietterebbesi, se si trattasse di locazione o altro atto di amministrazione, che l'erede abbia inteso agire nello interesse della stessa eredità e fare semplicemente un atto conservatorio; dappoichè l' accettazione non risulta qui dalla natura dello stesso atto di per sè: essa non è tacita; l'accettazione risulta dall'essersi assunto il titolo di erede; essa è espressa; e tanto precisamente dimostra l'art. 779—696, il quale, statuendo che gli atti semplicemente conservatorii, di vigilanza e di amministrazione provvisionale non sono atti di adizione di eredità, soggiugne simultaneamente la condizione, *se con essi non siasi assunto il titolo* o *la qualità di erede*. Non pertanto conviene osservare doversi aver riguardo alla natura ed allo scopo dell' atto stesso, quando sorgerà la quistione qual significato l' erede attribuisse alla qualità di erede, da lui assunta, e quale sia stata la vera sua intenzione (confr. *infra*, n. 415).

380.—La espressa accettazione potrebbe forse emergere da lettera missiva, in cui si fosse assunto il titolo o la qualità di erede?

Taluni sembrano avere risposto negativamente, in modo assoluto e per massima:

Da un lato, dicesi, l' art. 778 ammette la espressa accettazione sol quando la qualità di erede siasi assunta *in un atto*: or una semplice lettera missiva non è *un atto*, nel senso tecnico di questo vocabolo: essa non è una scrittura giuridica, destinata a formar pruova: e tanto appunto indica virtualmente l'art. 1985—1857, a norma di cui *il mandato può farsi o per atto pubblico, o per scrittura*

privata, od anche per lettera; la qual formola dinota che una lettera non viene risguardata dal legislatore come atto nè come scrittura giuridica privata. Altronde tanto ezinndio viene dimostrato dalla storia medesima della compilazione dell' art. 778: di fatti il progetto dichiarava primieramente esser l'accettazione espressa, quante volte si assumono il titolo e la qualità di erede *in una scrittura* autentica o privata; ed il vocabolo *atto* venne surrogato al vocabolo *scrittura*, dietro le osservazioni del tribunal di cassazione, il quale volle precisamente così escludere dall'applicazione del predetto articolo il caso in cui la qualità di erede si fosse assunta in una lettera missiva (confr. Fenet, t. II, p. 138 e 568).

D'altro lato la compilazione di una semplice lettera missiva, spessissimo fatta in fretta, non presuppone quel grado di ponderazione e riflessione, che per contrario si arreca in un atto propriamente detto, ed è indispensabile per potere l'accettazione emergere dall'unico fatto di essersi assunta la qualita di erede: di fatti una lettera è pel suo medesimo carattere, essenzialmente personale a colui al quale viene diretta; e conseguentemente *non* potrebbe giovare ad altri, cui potrebbesi comunicare per una specie di abuso di confidenza (confr. Malpel, n. 191; Demante, t. III, n. 98 *bis*, 1).

I motivi di cotesta opinione sono indubitatamente gravi; ma la conclusione che essa desume ci pare troppo assoluta; ed è mestieri, a creder nostro, distinguere:

O trattasi di una semplice lettera, più o meno confidenziale, e la quale, nello intendimento di chi la scrisse, non poteva mai distaccarsi a formare contro di lui una pruova qualsivoglia: ed allora adottiamo pure la suriferita soluzione: simigliante lettera neppure assume, a parer nostro, il carattere di un *atto*. Per esempio, scrivendo ad uno dei miei amici, gli annunzio la morte di un parente, di cui io gli manifesto essere erede, ovvero gli comunico i miei progetti sui beni ereditarii, su l'uso dei capitali, su la disposizione che intendo fare di un determinato immobile ereditario, ec., io non avrò fatto alcuna accettazione, assumendo, io questa lettera, la qualità di erede.

Ovvero per contrario la lettera offre un carattere tale da dinotare ad evidenza che chi la scrisse intendeva poter essa costituire una pruova contro di lui; ed in tal caso converrà, a parer nostro, considerarla come un atto, nel senso dell'art. 778. Per esempio, ho scritto ad un creditore, o ad un legatario, o ad uno dei miei coeredi, per trattare con essi una quistione relativa alla eredità: in somma, come dicesi talvolta, *in una lettera di affari*, ho assunto il titolo o la qualità di erede; ho chiesto una dilazione ai creditori, o ai legatarii; ovvero ho loro proposto una transazione, ec., in questo caso avrò accettato.

Dunque tutto dipende dal carattere e dall'oggetto della lettera in cui si è assunto il titolo di erede, dal tenore di questa lettera, dalla persona cui è stata diretta, dallo scopo cui miravasi, finalmente da tutte le circostanze in mezzo a cui è stata scritta la lettera; ma, se da tutti questi elementi risulti che l'erede ha avuto di fatti la intenzione di obbligarsi, assumendo in questa lettera la qualità di erede *per nuntium*, vi sarà accettazione (l. 65, § 3, ff. *ad Senatusc. Trebellianum*); la ragione stessa, al pari dei principii, impone così; e la illazione, poco precisa, che se ne desume, in senso opposto, dall'art. 1985 —1857 e dai lavori preparatorii, non potrebbe prevalere contro tali argomenti. Forse di fatti non puossi contrarre obbligazione per lettera? Forse la corrispondenza non viene positivamente annoverata dall' art. 109 C. com. — 107 tra le pruove in materia commerciale? Dunque tutto ciò va subordinato alla intenzione onde la lettera venne scritta (confr. Delvincourt, t. II, p. 27, nota 1; Toullier, t. II, n. 325; Duranton, t. VI, n. 373; Taulier, t. III, p. 225; Chabot, art. 778, n. 5; Poujol, art. 778, n. 1; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 254, Massé e Vergé, t. II; p. 304; D., *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 448; agg. pure il nostro t. IV, n. 393-394, *Trattato del matrimonio e della separazione personale*).

In somma è mestieri applicare qui, e per gli stessi motivi, la medesima distinzione che ravviseremo dappoi nel risolvere la quistione se una lettera missiva possa validamente contenere un testamento olografo (art. 970 — 895, confr. decis. C. di Colmar 5 apr. 1824, Klein, D. 1825, II, 62; di Caen 9 feb. 1842, Mutlois, *Rac. di Caen*, t. VI, p. 640; Toullier, t. V, n. 379; Troplong, *delle Donaz. e Testam*, t. III, n. 1476-1477).

384.—Il vocabolo *erede* può essere, secondo i casi, adoperato in due significati oltremodo diversi:

Sia come sinonimo di *successibile*, *di ca-*

pace di succedere, *di parente più prossimo del defunto*;

Sia come sinonimo di *proprietario*, di *padrone*, cioè *di erede diffinitivo*.

Il primo di tali significati è sommamente usitato in genere; e quasi tutti coloro i quali vengono chiamati ad una eredità cominciano quindi dallo assumere il titolo di *eredi*, nella sua provvisoria significazione di capaci di succedere. Ed in vero non sapremmo affermare, come si è praticato, che eglino agiscono in ciò *inconsideratamente* (Duranton, t. VI, n. 373); dappoichè la stessa legge spesso adopera il vocabolo *erede* in entrambi tali significati; epperò l'art. 778, nel quale rinviensi due volte adoperato il vocabolo *erede*, l'adopera susseentivamente nelle due svarie significazioni: primieramente in senso di *proprietario* ed in secondo luogo in senso *di capace di succedere* (confr. pure art. 724, 785, 787, 790 — 645, 702, 704, 707; ed art. 909, 3 comma C. pr. — 986.)

Or è manifesto che l'espressa accettazione ha luogo, in conformità dell'art. 778, sol quando abbiasi assunto il titolo di erede nella sua diffinitiva e rigorosa significazione, val dire sol quando l'uso di questo vocabolo dimostri di fatti, da parte del successibile, lo intendimento di considerarsi padrone dell'eredità.

Se diversamente accadesse, se questa legale presunzione di accettazione espressa, che l'artic. 778 fa emergere dallo avere assunto in un atto la qualità di erede, escludesse ogni pruova di opposta intenzione, essa addiverrebbe infinitamente pericolosa! o piuttosto costituirebbe una vera insidia delle più spaventevoli! è bastevole che l'uso del vocabolo *erede*, in un atto, produca accettazione espressa: almeno è forza ammettere competere al magistrato il disaminare se cotesto vocabolo siasi adoperato nel suo significato diffinitivo, o soltanto nel suo significato provvisorio.

E, in conformità di tutte le circostanze del fatto, avuto riguardo alla natura ed all'oggetto dell'atto, ed al complesso delle sue disposizioni, tale intenzione deve venir valutata (confr. Toullier, t. II, num. 325; Duranton, t. VI, num. 373; Ducaurroy, Bonnier e Ronstaing, t. II, n. 567; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 255; Vazeille, art. 778, n. 1).

382. — Questa altresì è a dottrina professata da Demante, il quale insegna che « anche quando la qualità di erede si assuma in un atto, sembra ancor suscettiva di venire interpetrata, e che non potrebbesi tradurre nel senso di un'accettazione, quando vi sarà intenzione manifesta in contrario... »

Ma il dotto autore soggiugne la seguente riserva:

« Se non che, egli dice, atteso la precisa definizione della legge, dubito che la pruova della intenzione in contrario possa desumersi altronde che dall'atto stesso in cui fu assunta la qualità » (Tomo III, n. 98 *bis*, II).

Ma non pertanto la regola generale si è che le clausole dubbie o ambigue di un atto possono interpetrarsi mercè pruove o illusioni desunte, sia di altri atti, sia pure da esterne circostanze; per modo che cotesta regola torna applicabile eziandio alla interpetrazione degli atti solenni, come, per esempio, di un testamento, quantunque la pruova della volontà del testatore dev'emergere *ex propriis verbis testamenti, non aliunde non extrinsecus*; ma precisamente la interpetrazione mira a desumere dall'atto stesso, *ex propriis verbis*, comunque mercè di estranei sussidii, il vero intendimento dell'autore dell'atto medesimo (confr. Pothier, *delle Donaz. testam.*, cap. VII, sez. 1, 5ª regola; Merlin, *Rep.*, v. *Legato*, sez. IV, § 1, p. 317, e v. *Testamento* (*adizioni*. t. XVII), sez. II, § 2, art. 1. n. 2, p. 648; Duranton, t. IX, n. 311 e 360).

Or, per qual motivo avverrebbe diversamente di una quistione di accettazione di eredità, la quale nulla ha assolutamente di solenne ed offre da risolvere un punto di fatto ad una mera quistione di volontà?

Dunque opineremmo esser lecito investigare, indipendentemente dall'atto in cui il capace di succedere avesse estinto la qualità di erede, con quale intendimento abbia inteso effettivamente assumerla, soprattutto se dimandasse egli dimostrare non avere avuto la intenzione di fare un accettazione espressa.

Tanto giudicò la Corte di cassazione con arresto del 1° agosto 1809 (Daguillard, Sirey, 1810, 1, 8).

È ben vero essersi obbiettato che quello arresto venne emesso sotto l'imperò della consuetudine di Parigi, la quale non definiva, come il Codice, l'accettazione espressa (cons. di Parigi, art. 316); ma la soluzione che crediamo dover preferire è, a parer nostro, indipendente dalla diversità di compilazione che presentavano, sotto questo rapporto, la consuetudine di Parigi ed il nostro Codice; dap-

poichè scorgiamo qui una quistione ordinaria d'interpetrazione.

383. — Non si dovrà, noi diciamo, scorgere accettazione in un atto in cui il capace di succedere avesse assunto il titolo o la qualità di erede, qualora, di fatti, giusta i termini, la natura e l'oggetto di quest'atto e tutte le altre circostanze di fatto, trovisi dimostrato avere agito nella sua qualità di capace di succedere.

Ad evidenza tal sarebbe il caso in cui avesse assunto la qualità di erede in una procura racchiudente mandato di accettare o rinunziare (confr. Demante, t. III, n. 98 *bis*, II; Chabot, art. 778, n. 26).

Laonde si è ancor potuto statuire che non eravi stata accettazione da parte di chi avova *nella sua qualità di erede*, conferito un mandato autentico per procedere alla dissuggellazione ed allo inventario, e che, tranne il caso di particolari circostanze, come per esempio, una dichiarazione positiva, precisa e costante, le qualità attribuite alle parti nello inventario di una eredità, non sono in generale diffinitive, e per contrario rimangono subordinate alle accettazioni e riunnzie, che conservano sempre il dritto di fare ulteriormente (art. 795 e seg. — 712; 909 C. pr. — 986; confr. arresto C. cass. 1° agosto 1809, *supra*; decis. C. di Orleans 31 marzo 1849, Vallerand, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, numero 450; Toullier, t. II, n. 325).

384. — Similmente si è potuto considerare constituire *una semplice indicazione della qualità di successibile* la qualità di erede, assunta in un atto di dichiarazione fatta, per la riscossione dei dritti di mutazione, innanzi al ricevitore della registratura.

Bentosto disamineremo se il pagamento dei dritti di mutazione tragga seco accettazione tacita (*infra*, n. 456).

Trattasi qui dell'accettazione espressa; e sosteniamo che la qualità di erede assunta nella dichiarazione fatta dal successibile, in tal congiuntura, può essersi assunta da lui per dinotare la qualità di capace di succedere, in forza di cui agiva.

La Corte di cassazione, in uno arresto onde viene sancita cotesta soluzione, ha sembrato aver riguardo alla circostanza particolare che in fatto la dichiarazione nella officina dell'amministrazione della registratura *non trovavasi scritta nè sottoscritta dall'erede cui attribuivasi* (Arresto 1° feb. 1843, Grenouilloux, Dev., 1843, 1, 438.

Ma tal circostanza non ci pare qui di grave importanza: di fatti che monta la circostanza trovarsi o pur no la dichiarazione sottoscritta, qualora, di per sè, la dichiarazione medesima, atteso la natura sua ed il suo obbietto, non implichi essersi la qualità di erede assunta nella sua propria e diffinitiva significazione? Laonde la Corte di cassazione ha di poi sancito la medesima soluzione in una ipotesi in cui il capace di succedere *aveva fatto e sottoscritto, sul registro del ricevitore, l'atto enunciativo de' beni componenti la eredità* ... (Arresto 7 luglio 1846, Cliceiry, Dev., 1847, I, 868; agg decis. C. di Lione 17 loglio 1829, Marcoux, D. 1829, II, 162).

385. — A norma dell'art. 778 — 695, l'accettazione è espressa, *quando si assume il titolo o la qualità di erede.*

Dunque di fatti è mestieri assumere questo titolo o questa qualità.

E di qui dobbiamo inferire tornare impossibile ravvisare una espressa accettazione in un atto in cui il capace di succedere avesse manifestato implicitamente la intenzione di accettare, se altronde non vi avesse assunto la qualità di erede.

In simigliante caso potrebbe sorgere la quistione se tale atto contenga una tacita accettazione; e ben presto dovremmo trattarla.

Ma lo indubitato si è che un atto in cui, da un lato, il capace di succedere non abbia dichiarato positivamente accettare, ed *in* cui, d'altro lato, non abbia neppure esplicitamente assunta la qualità di erede, non potrebbe constituire un'accettazione espressa, anche quando manifestasse implicitamente la volontà di accettare (confr. Chabot, artic. 778, n. 4; Toullier, t. II, n. 325; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, pag. 254; Massé e Vergé, t. II. p. 304).

386. — Aggiogniamo esser necessario che questa qualità o questo titolo di erede vengano assunti dallo stesso capace di succedere, attivamente, per fatto personale: «... *quando si assume* ... » dichiarare l'articolo io esame.

E di qui dobbiamo pure inferire non essere sufficiente che la qualità o il titolo medesimo gli venisse attribuito da un altro, sia da un creditore in un atto giudiziale, sia dal ricevitore della registratura, cui si fosse soddisfatto il diritto di mutazione, o in ogni altra circostanza.

Nè anche è necessario che il capace di suc-

cedere protesti avverso cotesta qualità attribuitagli da persone terze; *ricevendola passivamente*, senza *assumerla* esso medesimo attivamente, non vi si scorge espressa accettazione (confr. decis. C. di Agen 17 luglio 1829 Tardy, Sirey, 1829, II, 302; di Riom 13 feb. 1821, Monstoux, Sirey, 1821, II, 190; di Nancy 19 maggio 1842, Menestrier, *G. del Foro*, t. I, 1843, p. 504; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 324, nota *a*; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 254; D., *Rac. alfab.*, *Success.*, n. 458, 459).

387. — Ma similmente, quando siasi assunto il titolo o la qualità di erede in un atto, tutto è terminato! evvi espressa accettazione; e diviene irrevocabile in avvenire (articolo 778).

Per esempio, avete assunto la qualità o il titolo di erede in una procura che avete conferita ad un terzo, ad obbietto di accettare la eredità in nome vostro, o fare un atto qualsivoglia di disposizione o semplicemente di amministrazione circa i beni ereditarii.

Se, come supponiamo, venga riconosciuto aver noi adoperato il vocabolo *erede* nella sua diffinitiva significazione, la vostra accettazione reputasi, sin da questo momento, perfetta; e non vi è più luogo a recedere da essa.

Essa è perfetta, noi diciamo, prima che il mandato abbia ricevuto il minimo principio di esecuzione, ed anche prima che siasi accettato da colui che avete voluto constituire vostro mandatario: reputasi perfetta *eo ipso*, come diceva Guy-Coquille su la cons. del Nivernese, titolo *delle success.*, art. 27),

E non vi è più luogo a recederne; per modo che la rivocazione del mandato, *rebus integris*, prima di ogni esecuzione, e prima che colui il quale avevalo prescelto per mandatario ne abbia avuto cognizione, non potrebbe annientare l' accettazione emergente dalla qualità da voi assunta:

Atteso, dichiara con sommo fondamento la Corte di cassazione, che la qualità di legatario (o di erede), assunta in una procura, trae seco, nel momento stesso, compiuta ed irrevocabile accettazione...; che è indifferente, quando la qualità venga assunta in una procura ad obbietto di amministrare, che la rivocazione abbia luogo prima o dopo la esecuzione del mandato, trovandosi il legatario (o l' erede) vincolato del fatto medesimo della qualità da lui assunta... » (Arresto 4 aprile 1849, l' amm. del registro, Dev., 1849, I, 438; confr. arresto C. cass. 23 dic. 1846, Bigot, Dev., 1847, I, 18; Chabot, art n. 4; Duranton, t. VI, n. 339; Zach Aubry e Rau, t. IV, p.261.

Era pur questa l' antica dottrina.

La glossa, su la legge 90 del Digest *adquirenda vel omittenda haereditate* chiarava già:

Statim quod mando de adeundo, jam et ita nihil remanet faciendum per pro torem.

Similmente Furgole insegneva « che atto di erede constituendo procnrator accettare, anche prima che la procura notificata o eseguita... » (Cap. X, sez. 43 e 96).

E gli autori del *Novello Denizart* div no parimente « che chi desse incarico cuno di accettare in suo nome, render anche per tal circostanza erede, per mo al mandatario non rimarrebbe, in cert sa, nulla di fare... » (V. *adizione di er* § 12, n. 2.

Non pertanto ammettiamo oggidl dottrina a condizione di essersi assunte la procura, il titolo o la qualità di erede poichè qui ci intratteniamo intorno all' tazione espressa: or appresso si ravvise i nostri antichi autori non parevano, pe trario, richiedere tal condizione (*inf* 461).

388. — Similmente poco monterebl l' atto, in cui si fosse assunto il tito qualità di erede, venisse di poi dichiarat lo per vizio di forma, o per una causa sivoglia d' incapacità o di vizio di cons tranne il caso in cui la causa medesi guardasse il consenso di colui stesso che se assunto la qualità di erede.

La nullità di questo atto, al pari dell cazione della procura (*supra* n. 387 impedirebbe al capace di succedere ave nifestato la intenzione di accettare ed quindi fatto una espressa accettazione dall' art. 1038—993; confr. decis. C. d 16 lug. 1834, Chasuel, D. 1835, II Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 32 *a*; Duranton, t. VI, n. 383; Zacharia bry e Rau, t. IV, p. 260; Massé e Ve II, p. 304; D., *Rac. alfab.*, v. *Succes* mero 451).

389. — Non è forse da applicare la soluzione al caso in cui la qualità di e fosse assunta in un atto, il quale fo parte di una istanza indi perenta?

Questa particolare quistione annod

quistione generale sorta su l' art. 401 C. pr. —494, se la perenzione d' istanza colpisca le confessioni e le dichiarazioni stesse comprovate con sentenza, quistione procardica e controvertita, che qui non dobbiamo approfondire (confr. in senso inverso Merlin, *Rep.*, v. *Perenzione*, t. XVII, p. 340; Carré o Chauveau, quist. 1451; Bostard, *della Proc. civ.* t. II, p. 329; Rodière, p. 250; D., *Rac. alfab.*, t. XI, p. 202, n. 2).

Nulladimeno non potrebbesi forse considerare che, essendo l'accettazione di una eredità effettivamente una semplice manifestazione, da parte dell' erede, della propria volontà di accettare la eredità, appena seguita cotesta manifestazione, dovrebbe sopravvivere alla perenzione degli atti della estinta procedura, quante volte trattisi semplicemente di espressa accettazione, val dire del fatto assoluto avere il capace di succedere assunto, in uno degli atti di questa procedura, il titolo o la qualità di erede (Confr. decis. C. di Metz 5 giugno 1827, citata, ma non riportata da D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 459; Bourbeau sopra Boucenne, t. II, p. 551).

390. — Da ultimo, relativamente all' accettazione espressa, rimane a sapere se il capace di succedere, il quale assumesse in un atto il titolo o la qualità di erede, potesse, facendo riserve e proteste, ostare allo effetto dall'articolo 778 attribuito allo avere assunto cotesta qualità?

Parecchi hanno negativamente risposto:

« Se l' erede, dicesi, abbia assunto la qualità di erede in un atto, non gli giova menomamente lo avere nel tempo stesso dichiarato, io forma di proteste, non avere inteso così accettare la eredità » (Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 304; confr. Favard, *Rep.* v. *Accettazione di eredità*).

Cotesta dottrina è forse ben fondata? in quanto a noi non avvisiamo così: di fatti qui non trattasi di tacita accettazione; oh! rispetto a questa indubitatamente noi stessi insegneremmo la massima *protestatio contra actum non valet*; e quando l' erede avrà disposto da padrone dei beni ereditarii, non lo ammetteremmo, in simil caso, a fare riserve! (*Infra* n. 464).

Ma infinitamente diversa è la espressa accettazione! questa non è, come si è con molto fondamento osservato, la conseguenza di una positiva manifestazione della volontà di accettare da parte dell' erede: essa viene semplicemente inferita da una specie di presunzione del fatto avere il capace di succedere assunto la qualità di erede: or questa legale presunzione non debbe svanire mercè pruova in contrario, e segnatamente mercè le riserve e le proteste del successibile, aventi precisamente per iscopo di smentirla! Ecco ciò che ci pare più unisono ai principii ed alla vera intenzione del successibile, la quale forma qui la nostra suprema regola. È ben vero che tali riserve e proteste potranno talvolta annientare l' atto medesimo, in cui la qualità di erede si sarà assunta; ma allora preferiremo sostenere il successibile aver fatto vana cosa dichiarandosi accettante, in forza semplicemente di quello atto, col quale dichiara per contrario egli medesimo non volere accettare (confr. arresto C. cass. 1° ag. 1809, Daguillard, Sirey, 1810, I, 8; decis. C. di Riom 10 feb. 1821, Moustoux, Sirey, 1822, II, 190; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV. p. 254).

N. II.

Dell' accettazione tacita.

SOMMARIO.

391. — L' accettazione è tacita, quando l' erede faccia un atto il quale supponga di necessità la sua intenzione di accettare, e che avrebbe diritto di fare nella sua qualità di erede. Esposizione.
392. — La tacita accettazione risulta dalla immissione, a titolo di padrone, nei beni ereditarii, anche quando non si fosse assunta la qualità di erede.
393. — La definizione data dall'art. 778 della tacita accettazione è oltremodo importante. — Per qual ragione?
394. — Continuazione.
395. — Del diritto romano nella subbietta materia.
396. — Del nostro antico diritto francese.
397. — Del nostro novello diritto, in conformità del Codice.
398. — L' art. 778 richiede forse due condizioni distinte o soltanto una condizione unica per aservi tacita accettazione?
399. — Continuazione.
400. — Il vocabolo *necessariamente*, adoperato nell'art. 778, è notevole e caratteristico.
401. — Continuazione.
402. — Continuazione.
403. — Non è necessario che il successibile, il quale avesse una qualità diversa da quella di erede per distendere l' atto, da cui si pretendesse inferire avere accettato, abbia dichiarato nè indicato, in tale atto, la qualità in forza di cui intendeva farlo.
404. — *Quid*, se il successibile avesse continuato o cominciato a godere, dopo l' apertura della successione, di una cosa di cui era condomino per indiviso col *de cujus*?
405. — *Quid*, se proseguisse le operazioni di una società esistente fra lui ed il defunto?

406. — *Quid*, se il successibile, nominato esecutore testamentario del *de cujus*, avesse fatto vendere i mobili?
407. — *Quid*, se il successibile, mandatario del *de cujus*, avesse, dopo la morte sua e nella ignoranza della morte stessa, fatto un atto qualsivoglia di disposizione?
408. — *Quid*, se abbia pagato, di proprio denaro, un debito cui era tenuto come garante o condebitore solidale del defunto?
408 *bis*. — *Quid*, se fosse simultaneamente erede e legatario del *de cujus*?
408 *ter*. — *Quid*, se avesse continuato a possedere, dopo l'apertura della successione, un oggetto pertinente al *de cujus*, ma di cui aveva già preso possesso *pro suo* innanzi della sua morte?
409. — L'art. 778 non dichiara esser necessario, per potere l'atto del successibile supporre di necessità la sua intenzione di accettare, che il successibile medesimo abbia avuto il diritto di fare tale atto nella sua qualità di erede; ma dichiara semplicemente esser necessario che non abbia avuto, per farlo, qualità diversa da quella di erede. — Conseguenza.
410. — Continuazione.
411. — Continuazione.
412. — Divisione.

391. — A norma dell' articolo 778—695, « l' accettazione è tacita, quando l' erede fa « un atto che suppone necessariamente la sua « volontà di accettare l' eredità, e che non a« vrebbe egli diritto di fare se non nella qua« lità di erede. »

Il vocabolo *atto* esprime qui, come ben si ravvisa, la idea di un' azione, di un fatto giuridico qualsivoglia, *negotium*, ed è questa la ragione per cui i nostri antichi scrittori insegnavano che l' accettazione tacita ha luogo *re.., facto* (*supra*, n. 374; Inst., § 7, *de haered. qualit. et differ*).

È questa la *gestio pro haerede* dei Romani nel suo special significato; ed il vocabolo *immistione*, spesso adoperato un tempo, e che adoperasi ancora oggidì per dinotare la tacita accettazione, rappresenta con massima esattezza la causa da cui deriva l' accettazione medesima (*ved*. art. 1454—1419).

392.—Di fatti la causa da cui discende la tacita accettazione è il fatto stesso, dal quale si desume, quando riunisce le condizioni dalla legge richieste, che l' erede ebbe lo intendimento di accettare.

Diciamo il fatto stesso, senza che sia necessario essersi disteso un atto, nè avere il capace di succedere assunto la qualità di erede: l'art. 778 non richiede l'una nè l'altra di tali condizioni.

E come evvi espressa accettazione, se siasi assunta in un atto la qualità di erede, anche quando *non si fosse toccata la cosa*, come affermava Basnage; così del pari evvi tacita accettazione, se siasi toccata la cosa, anche quando non siasi assunta la qualità di erede; ed in fatti, nelle nostre antiche provincie consuetudinarie, era massima consistere la tacita accettazione *nello impossessarsi e toccare i beni ereditarii* (confr. Furgole, cap. X, sez. 1, n. 103, 148; Chabot, art. 778, n. 7).

393.—La legale definizione dell' accettazione tacita, fermata dall'art. 778; è di grave importanza; ed è tanto più necessario il ben comprenderla, in quanto che ha avuto in mira di determinare ciò che gli antichi principii presentavano d' incerto nella subbietta materia, anzi gli ha notabilmente modificati; per modo che le tradizioni del nostro antico diritto, opere degli autori e giudicati, non sarebbero qui sempre di sicurissima scorta; e lice divisare che di fatti alcuni frai moderni hanno talvolta aberrato su quelle orme, pressochè sempre cotanto utili a seguitare nella maggior parte delle altre materie! *Infra*, n. 455).

394. — Indubitatamente in ogni epoca, un tempo come oggidì, si è considerato che la tacita accettazione era un semplice atto di volontà, e poteva emergere dalla sola manifestazione di cotesta volontà da parte dell' erede: *hoc animo esse debet ut velit esse haeres*, diceva Ulpiano (l. 20, princ., ff. *de adquir. vel omit. haered.*); Furgole formava pure di questa massima *la prima chiave della subbietta materia* (cap. X, sez. 1, n. 91).

Ma in quali fatti conveniva scorgere cotesta volontà? Quali dovevano essere i caratteri di tali fatti per potersi con fondamento desumerne la intenzione di accettare?

Ecco ciò che era stato sempre più o meno imperfettamente determinato dalle leggi, e più o meno incerto e controvertito tra gl' interpetri.

395. — Per diritto romano pareva che il magistrato avesse una latitudine pressochè illimitata per valutare se il successibile, facendo un determinato atto, avesse mirato a dichiararsi erede.

Pro haerede gerere videtur, diceva pure Ulpiano nel su riferito frammento, *is qui aliquid facit quasi haeres*.

Val dire che competeva al magistrato investigare, secondo le presunzioni desunte dalle particolari circostanze della specie, se l' erede, il quale avesse fatto un atto qualsivoglia, *quasi haeres*, avesse avuto effettivamente la volontà di dichiararsi erede.

Dalle quali cose consegnita che la tacita accettazione poteva emergere da un fatto il quale, di per sè, non supponeva di necessità la intenzione di accettare.

396.—Le regole del diritto romano, nella subbietta materia, venivano generalmente osservate in Francia nelle antiche province di diritto scritto (confr.Furgole,cap.X, sez.1, n.127 e 147;Domat, lib. 1, sez. 1,regola 3).

Le province consuetudinarie osservavano pure regole pressochè simiglianti: anzi in alcuni di esse la sola immistione effettiva dell'erede nei beni ereditarii faceva presumere la sna accettazione, senza essere uopo indagare *scrupolosamente*, come dice Furgole, quale intendimento avesse avuto (*loc. supra*, confr.consnetndini del Nivernese, *delle Success.*, cap. XXXIV, art. 46; del Borbonese art.325; di Melun; art. 272).

Non pertanto altre consuetndini, e segnatamente quella di Parigi (art. 317) e di Orleans (art. 336), erano più precise; ed è agevole scorgere già, nel nostro antico diritto francese, una tendenza verso regole migliori e più inconcusse. Segnatamente Pothier ne aveva il presentimento !

« Accettasi una eredità *facto*, egli diceva, quando facciasi qualche cosa la quale supponga *necessariamente* in chi la faccia la volontà di essere erede. » (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1; confr. pure Lebrun, l. III, cap. VIII, sez. II, n. 15).

Val dire che il sommo giureconsulto adoperava già la espressione medesima, onde il legislatore del Codice Napoleone doveva dappoi determinare nel modo più rigoroso, le condizioni di tale accettazione.

Ma lo stesso Pothier, dopo avere fermato questa regola, soggiaceva di poi alla influenza della dottrina allora preponderante; ed insegnava soluzioni le quali, convieno confessarlo, non erano menomamente di accordo con la sua promessa. Per esempio, atteso questa regola, Pothier avrebbe dovuto statuire che l'erede, il quale paghi di proprio danaro un debito ereditario, fa quindi un atto di accettazione ! (*Infra*, n. 455).

397.—Ben si ravvisano le incertezze che gli antichi principii offrivano sn tal punto, ed i gravi pericoli, pe'snccessibili, in cotesta mancanza di regola precisa su'caratteri legali dell'accettazione, sul potere interpetrativo de'magistrati nella subbietta materia, e su' limiti entro cui il potere medesimo dovevasi circoscrivere.

Precisamente siffatti limiti sono stati fermati dal Codice; e non potrebbesi negare avere apportato nn mutamento oltremodo proficuo, determinando con chiarezza i caratteri degli atti, da cui i magistrati avrebbero simultaneamente il diritto ed il dovere di desumere la volontà di dichiararsi eredi.

398.—Ebbene adunque, in conformità dell'artic. 778, cotesti caretteri rinvengonsi unicamente :

« . . . Quando l'erede fa nn atto che suppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità, e che non avrebbe egli diritto di fare, se non nella qualità di erede ».

Forse vi si scorgono dne distinte condizioni, le quali dovrebbero cumnlativamente richiedersi ? e simnltaneamente è mestieri :

1° Che l'atto supponga necessariamente, da parte dell'erede, la sua intenzione di accettare ;

2° Che l'erede abbia avnto il diritto di fare qnesto atto nella sua qualità di erede.

Si è data la spiegazione di cotesta formola dell' art. 778: e perecchi han sotenuto che il concorso di tali dne condizioni distinte tornava indispensabile :

« La congiunzione *e*, la qnale rinviensi fra dne membri della frase, dimostra, si è detto, che l'articolo richiede, per la tacita accettazione.la riunione delle due condizioni..;laonde, in conformità dell'art. 778, non incontrasi tacita accettazione, se l'erede abbia fatto un atto il quale necessariamente supponga il suo intendimento di accettare, ma che aveva diritto di fare in qualità diversa da quella di erede... (Chabot, articolo 778, n. 6; Poujol, art. 778 ; n. 2 ; confr. decis. C. di Riom 18 apr. 1825, Rivier, Sirey, 1826, II, 75: arresto C. cass. 11 genn. 1831, Pradines, Dev., 1831, 1, 67).

Ma a dir vero non potrebbe esser qnesto il voto del legislatore !

Di fatti, da un lato, come mai, dopo aver richiesto che l'atto supponesse *necessariamente* la intenzione di accettare, il legislatore avrebbe potuto richiedere inoltre una novella condizione ! eh ! per qual ragione adunque ? ed a che pro ?

E, d'altro lato, come mai avrebbe potuto ammettere che un atto, che l'erede aveva diritto di fare in qualità diversa da quella di erede, potrebbe nulladimeno supporre *necessariamente* la sua volontà di accettare !

Quindi non è una novella condizione quella

racchiusa nell'ultima frase dell'art. 778, ma semplicemente uno sviluppamento ed una spiegazione della sola ed unica condizione richiesta da quello articolo.

Siffatta unica condiziono si è che l'atto fatto dall'erede, per potersene desumere una tacita accettazione, debbe supporre *necessariamente* la sua intenzione di accettare.

Se non che la final disposizione dell'articolo soggiugne che i soli atti, i quali sarà lecito reputare presupporre necessariamente la intenzione di accettare, saran quelli che l'erede avrà avuto diritto di fare nella sola qualità di erede.

È questa la medesima idea, sotto altra forma; è questa la dimostrazione definita e circoscritta della regola formata con l'art. 778.

399. — Ma non ne inferiamo, per tal circostanza, essere *superflua* cotesta aggiunzione; dappoichè coloro i quali la considerano tale vengono bentosto indotti a confessare che un atto può far supporre necessariamente la intenzione di accettare, *comunque il successibile abbia avuto, per farlo, una qualità diversa da quella di erede* (Mourlon, *Repetiz. scrit.*, t. II, p. 89).

Or tal proposizione sarebbe ad evidenza contraria al testo medesimo dell'articolo in esame; o può di fatto ammettersi sol quando se ne tolga via l'ultima parte.

È questa la ragione per cui non vogliamo, in quanto a noi, nulla mutarvi, come altri han praticato, togliendo via ancora, nella definizione legale, la spiegazione aggiuntavi dall'ultima frase dell'art. 778 (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 255).

Per contrario ci sembra essenziale mantenere, nella sua integrità, cotesta importante disposizione, ed attenersi anche, in modo affatto speciale, all'ultima frase dell'articolo in esame, la quale è di fatti particolarmente caratteristica delle condizioni dell'accettazione tacita (confr. Duranton, t. VI, n. 375; Marcadé, art. 778, n. 1; Demante, t. III, n. 498 *bis*, III; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 567).

400. — Il vocabolo *necessariamente* adoperato nell'art. 778 è notevole.

La legge romana aveva dichiarato:

« ... Nisi *evidenter* quasi haeres manumi- « serit, non dobere eum calumniam pati, « quasi se miscuerit haereditati. » (L. 42, § 3, ff. *de adquir. vel omitt. haedered.*)

Il testo in disamina è molto più energico!

Dunque non basterebbe oggidì che la intenzione di accettare fosse probabilissima, verosimilissima, nè che paresse risultare *evidentemente* dalla natura dell'atto e da tutte le circostanze del fatto.

Bisogna che essa ne emerga *necessariamente*, val dire che l'atto, da cui pretendesi inferirla, non possa ricevere altra spiegazione e non abbia assolutamente potuto farsi dal capace di succedere con intendimento diverso da quello di dichiararsi erede.

Indarno il magistrato sarebbe convinto, come uomo, che il successibile, facendo tale atto, ha avuto al certo la volontà di accettare. Non trattasi qui di una mera quistione di fatto, che il magistrato potrebbe risolvere, come giurato, in piena libertà della sua coscienza e secondo l'intimo suo convincimento (confr. art. 342 C. instr. crim. — 271).

Trattasi investigare in diritto, se l'atto in esame offra i caratteri richiesti dalla legge per constituire un'accettazione.

Precisamente per antivenire tutte le interpetrazioni messe in campo un tempo circa la volontà probabile dell'erede, e per rimuovere tutte le conghietture che desumevansi da verosimiglianze più o meno fondate, l'art. 778 ha voluto che l'atto supponesse cotesta volontà non verosimilmente, nè anche certamente, *evidenter*, ma *necessariamente!*

401. — Ecco la ragione per cui i soli atti da' quali si possa inferire l'accettazione sono quelli che il successibile aveva diritto di fare in qualità di erede.

Ciò non vuol dinotare indubitatamente che tutti gli atti, che il successibile aveva diritto di fare in qualità di erede, producono da parte sua accettazione: per contrario il successibile potrà farne alcuni, i quali non supporranno di necessità il suo intendimento di accettare, come gli atti di amministrazione provvisoria (art. 779—696; *supra*, numero 413 e seg.)

402. — Ma in senso inverso supporranno necessariamente la sua volontà di accettare i soli atti che avrebbe diritto di fare in qualità di erede:

« ... *Si quid quasi non haeres egit, sed quasi alio jure dominus...* »; *citra nomen et jus haeredis*, diceva Ulpiano (l. 20, § 1 e § 4, ff. *de adquir. vel omitt. haered*).

« ... *Senza avere altra qualità o diritto...* » dichiaravano le consuetudini di Parigi (art. 317) e di Orleans (art. 336).

Di fatti è manifesto che un atto, che il successibile avrebbe avuto diritto di fare in

qualità diversa da quella di erede non potrebbe mai supporre *necessariamente*, da parte sua, la volontà di accettare.

È ben vero che su tal punto un tempo non eravi accordo; ma precisamente ad obbietto di rimuovere tutte quello incertezze l' articolo 778 venne compilato in quel modo. Il novello legislatore non ha voluto che, in questo caso, la quistione se l' erede avesse inteso accettare potesse venir messa in campo; ed in avvenire incontrasi all' uopo un *motivo d' irricettibilità insormontabile.*

403. — Neppure è in verun modo necessario che il successibile, il quale aveva una qualità diversa da quella di erede, per fare un atto, da cui si pretendesse inferire avere accettato, abbia dichiarato nè indicato, in tale atto, la qualità in forza di cui intendeva farlo: l' articolo 778 nulla di simigliante richiede.

Laonde, o abbia agito in qualità di erede, o in altra qualità, che gli conferiva parimente diritto di far l' atto, non potrà considerarsi accettante, comunque nulla abbia detto.

Ed anche quando le circostanze del fatto fossero tali che addiverrebbe moralmente certo in qualità di erede il successibile aver fatto *l' atto*, e questo ad evidenza essere stato *il suo intendimento*, dovrebbesi per contrario legalmente presumere averlo fatto in forza di altra qualità (confr. Chabot. articolo 778, numero 8).

404. — Per esempio, il successibile era, prima della morte del *de cujus*, condomino con lui di una cosa indivisa... *communia bona* (l. 78, ff. *de adq. vel omitt. haered*).

E continua a goderne dopo l' apertura della successione; ovvero comincia, per la prima volta, a prenderne il possesso ed il godimento.

Non fa così un atto di erede, avendo potuto agire in qualità di comunista, *pro suo*... (L. 20, *princip.*, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*)

Cotesta soluzione è incontrastabile: 1° nel caso in cui essendo divisibile la cosa comune, il successibile avesse goduto della porzione o sino alla concorrenza della porzione che gli competeva personalmente nella cosa medesima; 2° eziandio nel caso in cui avesse goduto di tutta la cosa, se tal cosa fosse indivisibile, come per esempio una servitù di passaggio o altra simigliante.

Ma quando la cosa comune sia divisibile, parecchi insegnano che il successibile farebbe atto di erede, se non limitasse il suo godimento alla porzione di questa cosa che personalmente gli appartenesa (confr. Furgole, cap. X, sez. 1, n. 107 e 116; Chabot, articolo 778, n. 8 e 15).

Nondimeno tal restrizione non ci parrebbe doversi fare, sia perchè essendo indivisa la cosa, è impossibile che il successibile, il quale ne è condomino, ne goda separatamente ed egli medesimo ne faccia la divisione, eziandio semplicemente circa il godimento; sia perchè in tal situazione, il godimento medesimo dovrebbesi considerare come atto di amministrazione della cosa ereditaria, la quale trovasi essere nel tempo stesso, e per indiviso, sua cosa personale.

Ben si comprende avvenire diversamente degli atti di disposizione: è manifesto che con queste specie di atti, il successibile potrebbe disporre, nella sua qualità di comunista, della sua porzione indivisa, e che se disponesse oltre la porzione medesima, potrebbe farlo nella sua qualità di erede; ed è lecito divisare che il romano giureconsulto, nel su riferito frammento, abbia in mira gli atti di disposizione, quando inculca all'erede di circoscriversi alla sua porzione: « ... *itaque cavere debet, ne qua in re plus sua parte dominationem interponeret.* » (Confr. arresto C. cass. 11 genn. 1831, Pradines, Dev., 1831, II, 67; Duranton, t. VI, n. 379; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 778, *Osservaz.* 3; Taulier, t. III, p. 230; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 258).

405. — Similmente il successibile, il quale continuasse le operazioni di una società esistente fra lui ed il defunto, non farebbe atto di erede; dappoichè avrebbe avuto, per agire, un' altra qualità, quella di consorte o di socio.

In Roma facevasi, su tal punto, la seguente distinzione: il successibile imprendeva forse, dopo la morte del socio, una novella operazione, *quid novum?* non faceva atto di erede; ma per contrario reputavasi accettante, se avesse continuato una operazione cominciata, *rem coeptam*, durante la vita del *de cujus* (l. 42, § 1, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*)

E fra i moderni parecchi sonovisi attenuti, modificandola nondimeno notabilmente: laonde Chabot (art. 778, n. 21) e Duranton (t. VI, n. 379) insegnano che la continuazione da parte del successibile di una operazione cominciata col consocio defunto, il *de cujus*,

non produrrebbe accettazione: 1° se questa operazione fosse indivisibile nella sua esecuzione; 2° se fosse di natura da non potersi interrompere riguardo ai terzi con cui la società avesse contrattato ; 3° se fosse del comune interesse che venisse terminata (arg. dagli art. 1868, 1869, 1870—1740, 1741, 1742).

È manifesto che con tali temperamenti la proposta distinzione non ha più veruna importanza; e, in quanto a noi, di fatti avvisiamo che la regola generale debba essere che la continuazione di una principiata operazione, avendo potuto farsi dal successibile, nella sua qualità di socio, e per effetto dello interesse che aveva, a questo titolo, nella operazione, non potrebbe far supporre di necessità il suo intendimento di accettare (confr. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 778, *Osserv.* 3; Taulier, t. III, p. 230; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 258-259).

406. — Similmente, se il successibile, nominato esecutore testamentario, avesse fatto vendere i mobili, in conformità dell' articolo 1031—986, non avrebbe fatto atto di erede; dappoichè ha potuto agire così in qualità diversa da quella di erede, nella sua qualità di esecutore testamentario (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1; e su l' art. 336 della cons. di Orleans, nota 4).

407. — Converrebbe affermare lo stesso circa il successibile, il quale era mandatario del *de cujus*, qualora, dopo l' apertura della successione, nella ignoranza della morte del mandante, avesse fatto un atto qualsivoglia, anche di alienazione, relativamente ad un oggetto ereditario ; dappoichè poteva agire così nella sua qualità di procuratore (arg. dagli articoli 2008, 2009—1880, 1881; confr. Delvincourt, t. II, p. 27, nota 1; Taulier, t. III, p. 230).

408. — Ecco pure la ragione per cui tutti sono di accordo nello ammettere che il successibile, il quale era condebitore solidale o fidejussore del *de cujus*, non fa atto di erede, pagando il debito col proprio danaro ; dappoichè ha potuto pagarlo nella sua qualità di garante o condebitore.

Tal è, diciamo, la soluzione generalmente adottata, eziandio fra coloro i quali sostengono che il pagamento di un debito ordinario della eredità fatto dal capace di succedere, debbesi considerare supporre di necessità la sua intenzione di accettare; special quistione, che ben presto disamineremo (*infra* n. 455).

Indarno obbietterebbesi che essendo l' erede fidejussore, avrebbe potuto opporre al creditore il benefizio di escussione, se non vi avesse rinunziato, ovvero invocare il benefizio di escussione, se vi fossero altri garanti (articolo 2021 e seg. —1833).

Primieramente potremmo rispondere che il benefizio di escussione va sottoposto a condizioni alquanto procardiche, che non sempre è in facoltà del fidejussore adempiere, e che è altronde talvolta suo interesse pagare anzichè invocarlo, anche quando avesse diritto di far ciò. Ma ci basta rispondere con la convincente ragione somministrataci dal nostro medesimo subbietto, cioè che il successibile, ad onta della facoltà a lui competente di opporre il benefizio di escussione e divisione, era sempre obbligato di pieno diritto, come fidejussore, al pagamento della totalità del debito: or, se era obbligato alla totalità del debito nella sua qualità di garante, ha potuto soddisfarlo in qualità diversa da quella di erede: dunque il pagamento fatto in tal caso da lui non suppone necessariamente la sua intenzione di accettare (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1; Furgole, cap. X, sez. 1; Chabot, art. 778, n. 19; Duranton, t. VI, n. 381).

408 *bis*.—Avverrebbe pur così, nel caso in cui la stessa persona essendo simultaneamente successibile e legatario del *de cujus*, avrebbe potuto fare, nella sua qualità di legatario, l' atto da cui pretenderebbesi inferire, contro di lei, un'accettazione (confr. arresto C. cass. 11 gen. 1830, Pradines, Dev., 1831, 1, 67; decis. C. di Bordò 13 mar. 1834, Belhade, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 466; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 10; Chabot, art. 778, n. 3).

408 *ter*.—Forse non dovrebbesi considerare aver continuato il possesso ed il godimento in forza della qualità, *pro suo*, che aveva già prima dell' apertura della successione ? ed ancorchè fosse un usurpatore, il quale mirasse unicamente ad acquistare, mercè la prescrizione, il possesso da lui cominciato *pro suo*, non dovrebbe forse sempre reputarsi continuare allo stesso titolo, se altronde si fosse astenuto rispetto agli altri beni ereditarii? (Confr. Vazeille, art. 778, n. 5, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 467).

Noi opineremmo così (Decis. C. di Besanzone 29 apr. 1856, Dabast, G. del Foro, t. II, del 1857, p. 780).

Nulladimeno la corte di Riom sembra avere

emesso una opposta decisione (Decis. 29 mar. 1810, Artand, D., *loc. supra cit.*).

409.—L'art. 778—695 non dichiara esser mestieri, per poter supporre necessariamente la intenzione di accettare, che questo successibile abbia avuto diritto di far validamente questo atto nella sua qualità di erede.

Quello articolo dichiara unicamente essere uopo che lo erede non abbia avuto una qualità diversa da quella di erede per fare tale atto.

La qual cosa è sommamente diversa!

Non trattasi disaminare qui in merito la regolarità o la validità dell'atto stesso, nè investigare se l'erede, in questa qualità, avesse o pur no diritto di farlo.

L'unica quistione da risolvere si è in quale qualità il successibile abbia potuto fare l'atto medesimo, ed in qual titolo ed in forza di qual diritto abbia potuto agire come ha praticato.

Imperocchè è questa una quistione di volontà e d'intenzione!

Risulta forse dall'atto, esaminato sotto questo punto di veduta, aver potuto fare il successibile l'atto tal quale l'ha fatto, come l'ha fatto, segnatamente come ha inteso farlo, nella sola qualità di erede? dovrà esser dichiarato accettante, anche quando la sua qualità di erede non gli avesse conferito diritto di fare validamente tale atto.

Per esempio, un successibile aliena un oggetto posseduto dal defunto, che tutti, mentre viveva, credevano appartenergli, e che lo stesso successibile considerava come ereditario dopo la morte del suo autore.

Nulladimeno quell'oggetto non apparteneva al *de cujus*; ed il vero proprietario ha evinto il compratore cui l'erede lo aveva venduto.

Forse cotesto erede potrà pretendere che facendo la vendita medesima non abbia accettato; dappoichè l'oggetto non apparteneva alla eredità, e la vendita della cosa altrui essendo nulla, non aveva di fatti diritto di venderlo in qualità di erede?

Indubitatamente no!

In simil caso i romani giureconsulti non titubavano a dichiararlo erede: « *gerit pro haerede qui animo agnoscit haereditatem, licet nihil attingat haereditarium;...idemque est, et si alienam rem quasi haereditariam possedisset.* » (L. 88, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*)

Tale era pure la dottrina dei nostri antichi autori francesi (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1; e su l'art. 336 della cons. di Orleans, nota 3; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 12).

E cotesta dottrina debbe al certo ancora venir seguitata sotto l'impero del novello diritto.

Imperocchè, da un lato, l'atto medesimo, tal quale il successibile ha inteso farlo ed effettivamente l'ha fatto, potevasi far da lui in qualità di erede. Di fatti in quale altra qualità ed in quale altro titolo avrebbe potuto consentire quello atto? Sosterrà forse averlo consentito come terzo estraneo che disponeva della cosa altrui? ma primieramente in fatto ciò non è ben fondato; ed altronde in diritto è forse questa una qualità riconosciuta dalla legge! è forse questo un titolo legale!

D'altro lato è manifesto che quello atto, di sua natura, suppone necessariamente la sua intenzione di accettare (confr. Delvincourt, t. II, p. 27, nota 1; Toullier, t. II, n. 327; Duranton, t. VI, n. 377; Chabot, art. 778, n. 16; Demante, t. III, n. 98 *bis*, III; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 569; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 259).

410. — Viceversa il successibile non dovrebbesi considerare accettante, se avesse disposto di una cosa che credeva appartenergli personalmente *ex alia causa*, mentre tal cosa per contrario apparteneva al defunto e faceva parte della eredità.

Per esempio, chiamato simultaneamente alla eredità del padre ed a quella della madre, ha venduto, *ignorans*, come dipendente dalla eredità materna, *ut maternum*, e nella sua qualità di erede della madre, una cosa che non ne dipendeva, e la quale per contrario apparteneva alla eredità paterna, *ad haereditatem patris pertinentem* (l. 87, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*

Ebbene! non avrà accettato, con tale atto, la eredità del padre.

Ed in vero cotesta soluzione è la necessaria conseguenza di quella testè fermata (*supra*, n. 409); avvegnachè dalla su esposta soluzione risulta avere il successibile medesimo accettato la eredità della madre, per la circostanza medesima avere alienato un oggetto appartenente alla eredità materna ed in qualità di erede della madre, anche quando l'oggetto medesimo non appartenesse a cotesta eredità: or se tale atto trae seco accettazione della eredità della madre, non può sostenersi trar seco contemporaneamente accettazione della eredità del padre!

Era questa la dottrinn professata dni romàni giureconsulti (l: 87, ff., *supra*)

I nostri nntichi nutori in Francin la professavano del pari (confr. Pothier, *delle Succes.* cap. III, sez. III, art. 1, § 1; Furgole, *dei Testam.*, cap. X, sez. 1, nnm. 141; Lebrnn, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 12).

Dobbiamo al certo pure seguitarla oggidl. Di fatti è nopo, n norma dell'art. 778, che un atto qunlsivoglia, per produrre tacita accettazione, supponga *necessariamente* la intenzione di accettare: or è manifesto che il successibile, il quale non credeva toccare nn oggetto delln eredità, e forse nnche serbavn massimn diligenza nd astenersene, non hn avuto al certo la volontà di accettare!

Obbietternssi forse che non aveva dritto di fare quello nt to eccetto nella qualità di erede; dipendendo dalla eredità ln cosa che ne formavn l'oggetto? Mn, per esser grave la obieziono, converrebbe il sneccessibile nver ngito in qunlità di erede, ed aver conosciuto che la cosa di cni disponevn era cosa ereditarin: or per contrario egli ha agito in altra qualità, e nelln credenza che la cosa non dipendesse dalla eredità: duuqne non polrebbe sotto alcun riguardo, considerarsi accettante.

Di fntti, in tali specie di quistioni, non vi è luogo a considerare unicamente l'atto stesso nel suo constitutivo ed assoluto carattere: può divenire nncor necessario nver rigunrdo alla posizione personnle e relativa del successibile che abbia fatto l'atto medesimo, per conoscere la intenzione dn cui fu mosso (conf. decis. C. di Amiens 11 giugno 1814, Legrand, Sirey, 1815, II, 69; di Colmar 16 marzo 1820, Scherbg; di Riom 18 aprile 1825, Girnnd, Sirey 1826, II, 75; di Tolosa 27 feb. 1821, Ané; arresti C. cass. 19 genn. 1826, Carbonne, Sirey, 1826, II, 286; 11 genn. 1830, Pradines, Dev., 1830, I, 67, 1° febb. 1843, Grenouilloux, Dev., 1843, I, 438; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 463-466; Delvincourt, t. II, n. 27, notn 1; Toullior II, n. 327; Dnranton, t. VI, n. 380; Chabot, nrt. 778, n. 9; Mnrcadé, art. 778; n. 1; Demante, t. III, n. 98 *bis*, III).

411. — Altronde ben si comprende che, quando il successibile invochi un errore di tnl genere, e quando pretenda che, disponendo di un oggetto della eredità, bn creduto disporre di un oggetto che gli appartoneva personnlmente *ex alia causa*, spetta a lui provare lo nddotto errore.

L'ntto stesso, tal qnalo è stato fatto, trae seco nccettazione; ed il successibile trovasi conseguentemente nei termini dell'art. 778. Chiunque sosterrà essere nccettante incontra, sin da quel momento, nna pruova inconcussa contro di lui.

Il successibile, il quale pretenda uscire da tnl situazione, diviene nttore alla volta sua; *reus excipiendo fit actor:* nffermn essersi ingannato: dunque spetta a lni dimostrare tale nffermazione (l. 2, ff. *de probationibus*; art. 1312 C. Nap. — 1269).

In simil caso cotesta prnova tornerebbe in generale alqunnto malagevole, soprattutto se il *de cujus* medesimo fosso stato, nel corso di sua vita, in possesso dell'oggetto riguardo a cui il successibile pretenda avere ignorato che dipendesse dalln eredità (confr. Pothier, Chabot, Duranton, *loc. supra cit.*)

412. — Dopo nvere esposto i principii generali sn cui poggia ln definizione legale data dell'nrt. 778 della tacita nccettazione, dobbinmo applicare i principii medesimi a' diversi atti fra' più importnnti ed usuali, che il sneccessibile potrebbe fnre.

Noi ne distingueremo dne specie:

1° Gli atti meramente conservatorii, di vigilanza e di amministrazione provvisionale;

2° Gli atti di disposizione, di godimento o di amministrazione diffinitiva;

3° Finalmente spiegheremo come il successibile possa divenire ancora crede puro e semplice per effetto di un atto di sottrazione o di occultamento.

ARTICOLO I.

Degli atti meramente conservatorii, di vigilanza e di amministrazione provvisionale.

SOMMARIO.

413. — Per qual motivo gli atti di vigilanza e di amministrazione provvisionale non producono adizioue di eredità

413 *bis*. — Il capace di succedere non dovrebbe forse venir dichiarato risponsabile delle colpe da lui commesse in questa amministrazione provvisionzle, se accettasse di poi col benefizio dello inventario, ovvero rinunziasse? — Verso di chi potrebbe mai essere risponsabile?

415. — Per non produrre accettazione un atto di provvisionale amministrazione è necessario che il successibile non vi abbia assunto la qualità di erede. — Osservazioni.

415 *bis*. — È mestieri distinguere due specie di amministrazione, una provvisionale, l'altra diffinitiva. — Gli atti, appartenenti alla prima, sono i soli non producenti accettazione.

416. Gli atti di semplice e provvisionale amministrazione riferiscansi principalmente a tre oggetti. — Quali sono?
417. — Il successibile non fa atto di erede, disponendo i funerali del defunto.
418. — Continuazione. — *Quid*, se il successibile abbia pagato, col danaro della eredità, le spese necessarie a tale oggetto?
419 — *Quid* se il successibile abbia fatto innalzare un mausoleo all' estinto?
419. *bis.* — Il successibile, il quale denunzii la accisione del defunto, non fa atto di erede.
419 *ter.* — *Quid* circa le dimande relative all' opposizione o alla rimozione de' suggelli, alla formazione dello inventario; o alla partecipazione del successibile alla operazioni dello inventario?
420. — *Quid*, se il successibile abbia preso le chiavi de' mobili o delle case dipendenti dalla eredità, ovvero le carte o i titoli?
421. — Del caso in cui il successibile avesse scritto un ricordo o una menzione sopra uno o più titoli ereditarii.
422. — Del caso in cui il successibile prenda possesso dei beni eziandio della eredità.
423. — Del caso in cui il successibile siasi alimentato con le provigioni esistenti nella eredità.
424. — Il successibile può, anzi deve fare tutti gli atti conservatorii. — Esempii.
425. — *Quid*, se il successibile abbia coltivato o fatto coltivare i beni ereditarii?
426. — *Quid*, se abbia ricevuto pigioni o estagli dovuti alla eredità?
427. — *Quid*, se abbia pagato taluni debiti, come gli stipendii de' domestici, i salarii degli operai?
427 *bis.* — Il successibile potrebbe forse, nella qualità di capace di succedere e di amministratore provvisorio, conchiudere locazioni de' beni ereditarii?
428. — Della vendita de' mobili soggetti a deperimento o di conservazione dispendiosa.
428 *bis.* — *Quid*, se il *de cujus* fosse mercatante o commerciante, ed avesse lasciato una bottega o uno stabilimento industriale qualsivoglia?
429. Il successibile, il quale faccia un atto di amministrazione, il cui carattere può sembrare equivoco, agirà con massima prudenza inserendovi le correlative proteste, anzi dimandando l' autorizzazione del magistrato.
430. — Quando il successibile si circoscriva ad un atto di mera amministrazione provvisoria, è forse inoltre necessario, per non produrre l' atto medesimo, da parte sua, accettazione, che paghi di proprio danaro la spesa occorrente per l' atto stesso?

413. — L'art. 779 — 696 dispone :

« Gli atti semplicemente conservatorii, di « vigilanza e di amministrazione provvisiona« le non sono atti di adizione di eredità, se « con essi non siasi assunto il titolo o la qua« lità di erede » (Agg. art. 796 — 713).

È questa una serie di atti, che per regola generale il capace di succedere avrebbe diritto di fare nella sola qualità di erede, ed i quali nulladimeno non producono tacita accettazione.

La ragione si è che gli atti medesimi non presuppongono necessariamente la sua intenzione di accettare, e per contrario possono ricevere altra spiegazione sommamente naturale e giuridica.

Di fatti è necessario che la eredità venga amministrata per *interim*, se sia lecito così esprimersi, fino a quando il capace di succedere non abbia prescelto un partito.

Or tale interina e provvisionale amministrazione può effettivamente appartenere al solo successibile.

Essa è nel suo diritto;

Essa è pure nello interesse de' terzi, de' creditori, de' legatarii e di ogni altro.

Essa è, noi diciamo, nel diritto del successibile; dappoichè, per massima generale, coloro i quali hanno un diritto eventuale o condizionale sopra un oggetto, possono prendere provvedimenti conservatorii (arg. dall' articolo 1180 — 1133); *a fortiori* il può il successibile; dappoichè ha su' beni ereditarii, un diritto attuale, con la semplice qualità di rinunziarvi. Egli ne à il diritto, diceva Pothier, *essendo interessato alla conservazione de' beni*, *fino a quando non abbia prescelto un partito* (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1).

Altronde così impone lo interesse de' terzi medesimi; dappoichè il successibile amministra gratuitamente, e nulla potrà dimandare per le prese cure, ove accetti col benefizio dello inventario oppure rinunzii; ed il diritto suo ne' beni costituisce, po' terzi interessati, una garentia della sua amministrazione; mentre, se talo amministrazione non gli competesse, sarebbe necessario affidarla, con maggiori o minori spese, ad un estraneo, il quale forse non presenterebbe tutte le garentie desiderabili d' intelligenza, di onestà o di solvibilità.

413 *bis.* — Abbiam detto essere un diritto del capace di succedere lo amministrare provvisionalmente la eredità.

Anzi dobbiamo aggiugnere essere dover suo, e poter venire dichiarato risponsabile delle colpe da lui commesse, durante l' amministrazione provvisionale stessa, nel caso in cui accettasse di poi col benefizio dello inventario, ed eziandio nel caso in cui rinunziasse.

E primamente, quando abbia accettato col benefizio dello inventario, non iscorgesi per

qual motivo andrebbe immune da risponsabilità per le colpe da lui commesse prima della sua dichiarazione di accettazione, mentre sarebbe risponsabile di quelle commesse dopo la dichiarazione medesima (art. 804—721).

Ma, anche quando abbia poscia rinunziato, opineremmo che, se la eredità si trovasse menomata per effetto di colpa da lui commessa nel corso della sua interina amministrazione, dovrebbe venirne dichiarato risponsabile, sia verso i creditori ed i legatarii, sia verso i suoi coeredi o gli eredi di grado susseguente.

Imperocchè egli solo, durante lo intervallo medesimo, e fino a quando non prescegliesse un partito, aveva qualità per prendere i correlativi provvedimenti conservatorii, eziandio i più necessarii ed urgenti, nello interesse dell'attivo ereditario: di fatti abbiamo già osservato (*supra*. n. 275) che fino a quando non rinunziasse i terzi interessati non potevano far destinare un curatore alla eredità.

Dunque il successibile amministrava quello attivo nello eventuale interesse di tutti gli aventi diritto; e la regola generale, regola di diritto e di equità, si è che chi amministri una cosa nello interesse altrui è risponsabile delle colpe da lui commesse e tenuto a ristorare il nocumento per essè apportato (Articolo 1382—1336; agg. art. 1374 o 1992—1328 e 1864; ed il nostro tomo VIII, num. 9, *Trattato della minore età*, ec.)

414. — È da riflettere alla essenziale osservazione che, in conformità dell'art. 779, affinchè il capace di succedere, il quale faccia un atto meramente conservatorio, non reputisi accettante, è necessario *che non vi abbia assunto il titolo o la qualità di erede.*

Se dunque avesse assunto, eziandio soltanto in un atto conservatorio, il titolo o la qualità di erede, avrebbe fatto così un'accettazione non tacita, ma espressa: allora la sua accettazione emergerebbe non dall'art. 779, e dallo aver fatto un atto meramente conservatorio, ma dall'artic. 778, e dallo avere assunto in un atto il titolo o la qualità di erede.

A dir vero ciò torna di estrema durezza! e non potrebbesi negare quanto sia pericolosa regola simigliante: è tanto ordinario l'uso del vocabolo *erede* in senso *di capace di succedere!* (*Supra*, n. 384).

Forse dunque la stessa natura dell'atto meramente conservatorio e provvisionale, in cui il successibile ha assunto la qualità di erede, non avrebbe dovuto far presumere piuttosto che intendeva di fatti assumere tal qualità in senso unisono alla natura dell'atto che faceva, val dire in senso provvisorio di capace di succedere?

Rispetto a noi, avremmo desiderato che fosse così avvenuto; ma i testi in esame (articoli 778, 779, 796—695, 696, 743) sono positivi in senso opposto. Almeno è questo un motivo per non ampliarne il rigore; ed ecco per qual ragione abbiamo divisato che potrebbesi investigare, a prescindere dall'atto stesso in cui il successibile avesse assunto la qualità di erede, la pruova non avere inteso assumere tal qualità nel suo significato diffinitivo (*supra*, n. 382).

415. — Ma, per potervi esser luogo a tale interpetrazione, è necessario che abbia adoperato il solo vocabolo *erede*, il quale di fatti può essere suscettivo di due significazioni.

Avverrebbe diversamente, se il successibile, eziandio in un atto di amministrazione, avesse assunto la qualità di *proprietario*! (Confr. arresto C. cassaz. 26 giugno 1637, l'amm. del registro, Dev., 1837, I, 579; o *supra*, n. 379).

415 *bis*. — L'art. 779 dichiara essere atti di adizione di eredità i soli atti *semplicemente* conservatorii, di vigilanza e di amministrazione *provvisionale*.

E ciò torna importantissimo!

Di fatti è mestieri distinguere due specie di amministrazione:

Una provvisionale semplicemente ed interina, *semplice* e *pura* amministrazione, la quale non implica alcuna idea di proprietà; ed il cui scopo si è non mutare, innovare, nè immegliare, ma unicamente conservare o mantenere (art. 1988 = 1860.)

Per contrario l'altra diffinitiva ed assoluta *piena e libera* amministrazione, la quale si esercita supremamente, a titolo di padrone, *pro suo*.

Spesso la distinzione è in fatto abbastanza procardica fra l'una e l'altra; e non sempre torna agevole determinare il limite che separa un atto di semplice amministrazione provvisionale da un atto di amministrazione diffinitiva ed a titolo di padrone.

E non pertanto tal distinzione è qui capitale; dappoichè se i primi non sono atti di adizione di eredità, per contrario gli altri hanno questo carattere.

416. — Puossi in generale considerare che gli atti di semplice amministrazione provvisionale, nella subbietta materia, riferisconsi principalmente a tre obbietti:

Sia allo adempimento di alcuni doveri di pietà e di rispetto verso il *de cujus*...*pietatis causa;*

Sia allo esercizio del diritto, competente al successibile di prender cognizione della consistenza de'beni prima di prescegliere un partito..., *dum deliberat.*

Sia finalmente alla conservazione dell'attivo ereditario, cui il successibile ha il diritto ed il dovere di vigilare. ..., *custodiae causa* (confr, l. 20, § 1, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*)

417. — Per esempio, il successibile ha ordinato i funerali del defunto ed ha preso, in tal circostanza, tutte le necessarie disposizioni.

Dunque egli ha fatto così un atto di adizione di eredità? no certamente: ha adempito ad un dovere de' più rispettabili; e conviene aggiugnere che tale spesa, ohimè! veniva imposta dalla più imperiosa necessità!

Era questo lo stabilimento della legge romana (confr. l. 20, § 1, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*; l. 14, § 8, ff. *de relig. et sumpt. funerum;* l. 4, Cod. *de petit. haered.*)

Tal era pure lo stabilimento della nostra antica giurisprudenza francese (conf. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 3; Furgole, cap. X, sez. I. n. 143 e 147).

La consuetudine del Nivernese sembra essere stata l'unica che abbia considerato come atto di accettazione il pagamento delle *spese funebri* (titolo *delle Success.*, art.26); quindi Guy-Coquille reputava *questo articolo molto severo* e non doveva intendersi *con durezza*; ed egli lo circoscriveva al caso in cui *il successibile avesse erogato le dette spese da prelevare* sui beni ereditarii (su l'art. 26).

Dunque non esitiamo a sostenere oggidì che tale atto, da parte del successibile, non produce accettazione; senza esservi luogo a distinguere frai diversi ordini di eredi, trai figli o discendenti del *de cujus* ed i suoi ascendenti, nè i suoi collaterali più remoti (confr. decis. C. di Bordò 16 gen. 1839, G. *del F.*, t. I, 1839, p. 382; di Agen 24 nov. 1842, Laviello, Dev., 1843, II, 177; Toullier e Duvergier, t. II, n. 333; Duranton, t. VI, n.401; Rolland de Villargues, *Rep.*, v. *Atto di erede*, n. 41 e 52).

418.—Non pertanto cotesta soluzione applicasi forse al solo caso in cui il successibile abbia pagato le spese funebri col proprio danaro?

E per contrario converrebbe forse dichiararlo accettante, se lo avesse pagato col danaro ereditario?

Questo ultimo divisamento viene professato da Chabot; il quale positivamente il dichiara (art. 778, n. 19, 7°); e parecchi sembrano implicitamente eziandio adottarlo.

Rispetto a noi, non opineremmo così; e ci faremo ben presto a dimostrare, per tesi generale, che quando il successibile si limiti a fare un atto meramente conservatario, la circostanza aver egli pagato col danaro ereditario le spese necessarie a tale oggetto non muta il carattere nè gli effetti dell' atto medesimo (*infra*, n. 430).

419. — Altronde intendiamo parlare qui delle spese funebri propriamente dette (*ved.* art. 2101, 2. comma—1970).

E noi applicheremmo la stessa soluzione al caso in cui il successibile, col danaro ereditario, avesse fatto innalzare un mausoleo in onore della memoria del defunto.

419 *bis.* — Precisamente in questo ordine d' idee veniva statuito un tempo che la processura di uccisione del defunto non traeva seco adozione di eredità; dappoichè era, da parte del successibile, lo adempimento di un dovere di pietà (confr. Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 4; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. II, art. 1, § 1).

Avverrebbe al certo lo stesso oggidì circa la denunzia che facesse l'erede della uccisione del defunto, tanto più che tale atto non implica, di per sè, alcuna immistione nei beni della eredità.

Ma converrebbe forse applicare cotesta soluzione eziandio al caso in cui il capace di succedere non si fosse dichiarato parte civile? tanto precisamente ci faremo appresso a disaminare (*infra*, n. 451-452).

419 *ter.* — È incontrastabile non potersi considerare come atti di accettazione le dimande del successibile relative, sia all' opposizione e alla rimozione dei suggelli, sia alla formazione dello inventario, del pari che la sua partecipazione alle operazioni dello stesso inventario (confr. art. 794, 797 e seg. — 741, 744; arresto C. cass. 16 mag. 1815, Carron, Sirey, 1845, I, 494; decis. C. di Rennes 3 marzo 1820, Girard, D., *Rac. alfab.*, v, *Success.*, n. 486; Furgole, cap. V, sez. 1, n. 146).

420.—Ma il successibile ha preso le chiavi dei mobili o degli appartamenti, o delle cose dipendenti della eredità!

Anzi si è impossessato delle carte e dei titoli!

Ebbene! forse non ha potuto agire così, per evitare le sottrazioni e gli occultamenti, *custodiae causa*? sì indubitatamente: dunque tali fatti non potrebbero considerarsi come atti di accettazione.

Ed avverrebbe così, anche quando il successibile si fosse impossessato delle chiavi o dei titoli prima della formazione dello inventario e senza essersi proceduto all'apposizione dei suggelli; dappoichè poteva avere legittimamente per iscopo, sia di porli in sicurezza sia di conoscere la consistenza della eredità...; *tabulas, litteras, rationesve inspicere mortui, unde scire posset an sibi adeunda esset haereditas*, *non videtur pro haerede gerere* (l. 29, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*)

E Lebrun divisava altresì che *tutto ciò che il successibile faccia, durante il tempo per deliberare, ad oggetto di avere una perfetta cognizione degli affari del defunto*, *non gli debbe nuocere* (lib. III, cap. VIII, sez. III, n. 8).

Altronde supponiamo che non si dimostri contro di lui alcuna altra intenzione nè soprattutto veruna frode (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, §1; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 9; Chabot, art. 779, n. 2; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 571; Vazeille, art. 779, n. 1).

421.—Anzi il successibile può avere scritto, sopra uno dei titoli ereditarii, una nota o una menzione qualsivoglia, senza che ne emerga veruna pruova della sua intenzione di accettare, quando tal menzione o nota abbia semplicemente per iscopo di assodare il carattere di questo titolo e rammentarlo agl'interessati, qualunque sieno e saranno, esservi luogo a sperimentarlo.

Laonde venne statuito un tempo che una nipote, la quale aveva scritto sopra un titolo rinvenuto nella eredità dello zio: *cedola di mio zio da riscuotere*, non aveva fatto un atto di accettazione (decisione del 7 giugno 1674; confr. Pothier e Lebrun, *loc. supra cit.*)

422.—Supponiamo che il successibile s'impossessi eziandio dei beni ereditarii.

Converrà scorgere forse, in tal fatto, un atto di accettazione?

Sono indispensabili talune distinzioni:

Se siasi impossessato dei beni, di un immobile, per esempio, per disporne o goderne, ovvero semplicemente per amministrarlo *pro suo*, a titolo di padrone, un tale atto, che poteva fare nella sua qualità di erede, supporrà necessariamente la sua intenzione di accettare (confr. arresto C. cass. 20 dic. 1841, Formel, Dev., 1842, I, 283; Pothier, nota 2 su l'art. 336 della cons. di Orleans; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 257)

Avverrebbe lo stesso, se il successibile andasse ad abitare una delle case ereditarie, non accidentalmente, ma per fermarvisi come in propria casa, *ut haeredem in domo*! (L. 1, Cod. *de repud. haered.*) e stabilirvi, come diceva Lebrun, il suo domicilio (lib. III, cap. VIII, sez. III, n. 8).

Per contrario, se il successibile fosse andato ad abitare accidentalmente in casa del *de cujus*, sia perchè esso medesimo dimorando in altro paese fosse andato in quella casa in vece di andare alla locanda, sia perchè si trattasse, per esempio, di un opificio, di una resina o altro stabilimento industriale, commerciale o altro, che avesse creduto necessario vigilare, ed in cui a tale obbietto si fosse esso medesimo a bella posta trattenuto, a titolo di depositario o custodo, *ut inquilinum vel custodem, vel ex alia justa ratione* (L. 1, Cod. *supra cit.*), torna manifesto, così procedendo, non aver fatto atto di accettazione (confr. decis. C. di Lione 17 luglio 1829, Tardy, Sirey, 1829, II, 302; Pothier, Lebrun, *loc. supra*).

Furgole pareva richiedere in simil caso che il successibile protestasse con atto che intendeva impossessarsi dei beni ereditarii *custodiae causa* (cap. X, sez. 1, n. 108): tal precauzione è sempre al certo sommamente prudente (*infra*, n. 429); ma non avvisiamo esser qui indispensabile (confr. Chabot, articolo 779, n. 2; Toullier, t. II, n. 331; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 257).

423. — E similmente, se il successibile, mentre accidentalmente abitava in casa del *de cujus*, per uno dei motivi testè additati, si fosse nudrito delle esistenti provigioni, neppure opineremmo che tal circostanza dovesse considerarsi, da parte sua, quale atto di accettazione.

Ma, dirassi, avrebbe nondimeno fatto così un atto di disposizione! puossi far uso delle *cose che si consumano* soltanto distruggendole; e distruggere è disporre, fare atto di proprietario.

Badiamo sempre a non sospingere i principii a tali estremo conseguenze, in cui i migliori ed anche i più inconcussi potrebbero

trovarsi posti a repentaglio! e segnatamente non dimentichiamo di aver riguardo alle usanze, alle abitudini, alle convenienze, a tutto quel complesso da ultimo di elementi costituenti le consuetudini del paese, quelle consuetudini regolate dalle leggi, e che esse medesime, per inevitabile reazione, hanno cotanto grave influenza su le leggi.

Or è manifesto che il vigore del nostro principio debbe venir temperato in queste diverse circostanze.

Di fatti suppongasi che il successibile si trovasse, nel momento della morte del *de cujus*, in casa di costui; è un figlio di maggiore età, per esempio, o un fratello, o altro parente, dimorante con lui, o accorso durante la sua malattia, per curarlo, e chiudergli gli occhi. Chi mai potrebbe sostenere aver fatto atto di erede, per non avere abbandonato quella casa nello istante medesimo, e per aver continuato a nutrirsi con le esistenti provigioni! (Confr. decis. C. di Orleans 31 mar. 1849, Vallerand, D. 1851, II, 17).

Oppure il successibile è giunto dopo la morte, ed è andato a casa del *de cujus*, sia per vigilare alla conservazione dei beni, sia per osservare personalmente ciò che vi si trovi.

Talvolta non vediamo pure, quando il *de cujus* sia morto in campagna, e persone dalla città vanno ad assistere ai suoi funerali, i successibili preparare, per quei parenti ed amici, una specie di refezione, spesso indispensabile per la distanza dei luoghi?

E forse, in molti luoghi, non è usanza che, nel corso delle operazioni della disuggellazione e dello inventario, gli uffiziali ministeriali ed i loro commessi vengono invitati a desinare in casa del *de cujus* con le esistenti provigioni?

A dir vero forse il successibile, il quale avesse partecipato a quel desinare, avrebbe fatto atto di erede?

Al certo non sapremmo inculcare abbastanza esser mestieri osservare, in tali occasioni, molta discrezione e riservatezza; ma è questa una quistione di convenienza, di decenza!

In diritto ciò che è indubitato si è che le spese minute, che il successibile faccia allora per conto della eredità, sono naturali conseguenze e talvolta anche indispensabili di taluni atti, i quali, pel loro carattere, non producono da parte sua veruna accettazione.

Eziandio sotto alcuni rapporti, per effetto delle stesse considerazioni, la vedova in comunione di beni è autorizzata, nel corso determini per distendere inventario e deliberare, a nutrirsi delle esistenti provigioni (confr. art. 1465 e 1570—1383): è ben vero che tal diritto è meramente personale alla moglie superstite (art. 1495); epperò non pretendiamo stabilire qui una compiuta assimilazione, nè attribuire ai successibili in generale il particolare diritto che l'art. 1465 attribuisce alla vedova, come diritto assoluto, il cui esercizio non può generare contro di essa veruna obbligazione.

Relativamente al successibile, potrebbe, secondo i casi, esser tenuto ad indennizzare la eredità dell'abitazione e del suo nutrimento, qualora di poi rinunziasse: anzi è questa una quistione meramente di fatto, la cui soluzione molto dipenderebbe dalle circostanze, massime dal tempo più o men lungo durante il quale il successibile fosse vissuto a spese della eredità e dal numero delle persone che vi fossero state nudrite con lui (confr. Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. III, n. 8; Domat, *Leggi civili*, lib. I, tit. III, sez. 2, n. 11).

424. — Abbiam detto che il successibile può, anzi dee fare, nella sua qualità di capace di succedere, tutti gli atti conservatorii.

Laonde, per esempio, può interrompere la prescrizione decorrente a pro dei debitori della eredità o dei possessori dei beni che ne dipendono;

Inscrivere le ipoteche non ancora inscritte o rinnovare le prese inscrizioni;

Intervenire nelle distribuzioni di danaro in danno dei debitori della eredità; formare all'obbietto le necessarie opposizioni, e le dimande di graduazione ipotecaria;

Far procedere a sequestro presso terzo in danno dei debitori della eredità, ovvero a pegnoramento di mobili, ed eziandio far procedere, se le circostanze richieggono, alla vendita dei mobili pegnorati, salvo il depositare il danaro o lasciarlo presso gli uffiziali ministeriali;

Far notificare precetto di pegnoramento di immobili;

Far protestare le lettere di cambio o i biglietti ad ordine appartenenti alla eredità:

Prendere tutti i provvedimenti necessarii alla conservazione dei beni, restaurare, per esempio, un edifizio minacciante rovina e più generalmente far procedere a tutte le vigenti riparazioni;

Impedire i deterioramenti che si commettessero sui beni;

Opporsi allo sloggiamento dei condnttori, i quali non avessero soddisfatto le patteggiate mercedi;

Dare ancora i congedi ntili a darsi ai conduttori morosi o i quali deteriorassero i beni (*ved.* nondimeno *infra*, n. 427).

425 — Furgole insegnava farsi atto di erede, *coltivando* o *facendo coltivare i beni ereditarii*..., *vel praedia colendo*, diceva di fatti eziandio Giustiniano (*Inst. de haered. qualit. et diff.*, § 6 confr. Furgole, cap. X, sez. 1, n. 403).

Mentre per contrario Pothier divisava che il successibile non fa atto di erede, *se faccia valere i beni ereditarii* (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. I, § 1, e nota 2 su l'art. 336 della cons. di Orleans).

In generale il sentimento di Pothier ci parrebbe migliore.

Almeno dovrebbe venir seguitato, se il successibile avesse raccolto i frutti giunti a maturità, ed avesse poscia seminato le terre (conf. arresto C. cass. 1° febbr. 1843, Grenouilloux, Dev., 1843, I, 438; Pesuelle, su l'art. 235 della cons. di Normandia; Taulier, t. III, p. 235);

Ovvero, se continuando la coltivazione di un campo del defunto, vi fosse stato indotto unicamente dal desiderio d'impedire la riscossione a tenue ragione dei valori del campo stesso in una epoca di depreziamento (confr. decis. C. di Douai 14 mag. 1855, Boin-Baude Dev., 1856, II, 25).

426. — Il fatto del successibile di avere riscosso le mercedi dovnte all'eredità può costituire, da parte sua, un atto conservatorio, qualora di fatti si trattasse di un colono e soprattutto di un inquilino oneroso, del quale si potesse temere la insolvibilità (confr. Furgole, cap. X, sez. 1, n. 407; Toullier, tom. II, n. 334; *ved.* nondimeno *infra*, n. 460).

427. — Similmente il pagamento fatto dal successibile, eziandio col danaro ereditario, potrebbesi parimente considerare quale atto di provvisionale amministrazione, come se avesse pagato a domestici i loro stipendii o ad operai i salarii, o a taluni somministratori il prezzo delle loro somministrazioni, segnatamente se avesse sborsato danaro in conto a motivo del bisogno di contante che sospingesse quei piccoli ereditarii a dimandargli immediatamente il pagamento (confr. decis. C. di Bordò 14 maggio 1833, Maleville, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, num. 504; di Parigi 10 gennajo 1835, Desmarquelles, Dev., 1835, II, 473; Duranton, tit. XIV, numero 139).

427 *bis.* — Il successibile potrebbe forse, nella sua qualità di capace di succedere e di amministratore provvisorio, locare beni dipendenti dalla eredità?

Scorgesi qui fra Pothier e Furgole un disparere simile a quello per noi additato (*supra*, n. 425.)

« Si fa atto di erede, diceva Furgole, locando i beni ereditarii.., *locandove*... » (cap. X, sez. III, n. 402).

E per contrario, a credere di Pothier, il successibile non fa atto di crede, *se consenta locazioni*. Non pertanto Pothier soggiugne (ciò che molto avvicina la sua dottrina a quella di Furgole) cho l'erede debba farsi autorizzare dal giudice,protestando non intendere rendersi così accettante (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1.)

È indubitato esser sempre prudenza, da parte del successibile, quando consenta ad una locazione, lo adoperare cotesta duplice precauzione (*infra*, n. 429).

Ma finalmente, nel caso in cni non avrà agito così, trattasi conoscere se una locazione, qualunque sia, ed ogni circostanza, dovrà necessariamente considerarsi quale atto di accettazione!

Si è preteso così (confr. Malpel, n. 190).

Ma la opposta dottrina è pressochè generale; e, a parer nostro, con sommo fondamento.

Forse di fatti, per esempio, una locazione non scritta, consentita per le epoche ordinarie, degli appartamenti vuoti ovvero delle case dipendenti dalla eredità, suppone necessariamente, da parte del successibile, la intenzione di accettare? Per contrario questo non è forse un semplice atto di amministrazione provvisionale?

E forse non è a dire lo stesso degli affitti delle coltivazioni rustiche, in caso di urgenza ed a condizioni ordinarie pel *quantum* degli estagli e per la durata (Arg. dagli art. 1429, 1430 — 1400, 1401; confr. arresto C. cass. 27 giugno 1837; l'amm. del registro, Dev., 1837, I, 579; Chabot, art. 778, n. 14; Toullier, t. II, n. 334; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 574; Taulier, t. III, p. 230; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 256; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 498-499).

428. — Abbiamo osservato altresì, (*supra*, n. 275 e seg.) che, in conformità degli art. 796 C. Nap. — 713, e 986 C. pr. — 1062, l'erede può, nella sola sua qualità di capace

di succedere, e senza potersene inferire, da parte sua, un' accettazione, farsi autorizzare dal giudice a procedere alla vendita di quei mobili ereditarii suscettivi di deperire o dispendiosi a conservare.

Di fatti spesso può addivenire necessario e talvolta eziandio urgente il fare tali specie di vendite (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1).

Non pertanto, siccome trattasi di un atto di disposizione, così il legislatore ha voluto che il successibile si facesse autorizzare dal giudice, il quale potrebbe, se vi fosse luogo, opporsi alla vendita di taluni mobili che il successibile volesse far vendere, e che la vendita seguisse con talune formalità.

Il successibile, il quale vendesse mobili senza osservare tali condizioni, dovrebbesi dunque considerare accettante, anche quando si trattasse di mobili deperibili o dispendiosi a conservare: dappoichè la legge avendo precisamente sottoposto tale atto a determinate formalità per non doversene inferire un' accettazione, la conseguenza ne è che l' accettazione debbe per contrario inferirsi dalla inosservanza delle formalità stesse (confr. art. 989 C. pr. — 1065; arresto C. cass. 15 giu. 1826, Monrre, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 496).

Nulladimeno abbiamo già osservato (*supra*, n. 276) che, ad onta della generalità de' testi in disamina, non sarebbe ragionevolmente possibile richiedere la osservanza di queste formalità per la vendita de' piccioli prodotti vendibili al mercato (*ved.* pure il nostro tomo VII, n.585, *Trattato della minore età*, ec.)

Avverrebbe lo stesso, se si supponesse un caso straordinario di urgenza (confr. Duparc-Poullain, *Principio di diritto*, tomo IV, p. 16).

428 *bis.* — Se il *de cujus* fosse un mercatante a minuto, il successibile dovrebbe indubitatamente continuare le vendite quotidiane per conservare gli avventori (Confr. Pothier, *della Comunione*, n. 544).

E la stessa soluzione sarebbe applicabile ad ogni stabilimento commerciale o industriale, cui presedesse il defunto, e che sarebbe necessario conservare nello interesse della eredità.

Ma il capace di succedere dovrebbe in simil caso farsi autorizzare giudizialmente a continuare la vendita delle mercanzie, o più generalmente lo esercizio del commercio del *de cujus*.

429. — Di fatti dall'art. 796 puossi desumere un insegnamento ed un consiglio pel successibile.

Val dire che sarà prudentissimo, da parte sua, quando vorrà fare un atto di amministrazione il cui carattere fosse più o meno equivoco l' ottenere l' autorizzazione giudiziale per fare questo atto nella sola sua qualità di capace di succedere.

Ciò non vuol dinotare adottarsi da noi la dottrina di Toullier, il quale insegna « che è uopo fermare per massima che nel dubbio il capace di succedere, il quale faccia atti di amministrazione, reputasi farli nel proprio interesse ed in qualità di erede, e che spetta a lui dimostrare averli fatti per altro motivo o in altra qualità » (t. II, n. 331).

Cotesta dottrina è, a creder nostro, troppo assoluta: per contrario opiniamo emergere dall' art. 779—696, che quando il successibile si limiti a fare un atto di amministrazione senza assumervi il titolo o la qualità di erede, si presume averlo fatto soltanto nella sua qualità di capace di succedere, e che il dubbio, se ve ne fosse alcuno, dovrebbesi interpetrare in questo senso.

Ma non pertanto conviene sempre ammettere incontrarvisi un pericolo pei successibili.

È gradazione talvolta sommamente delicata quella che distingue un atto di amministrazione semplicemente *provvisionale* da un atto di amministrazione *diffinitiva*. Lo stesso atto potrebbe, secondo le circostanze, assumere or l' uno, ora l' altro carattere; e, per esempio, la locazione la quale in determinato caso, constituirebbe un atto di provvisionale amministrazione, potrebbe venire, per contrario, in altro caso risguardato come atto di amministrazione diffinitiva. E la stessa osservazione sarebbe applicabile eziandio ad altri atti, come, per esempio, alla riscossione del danaro dovuto alla eredità, o al pagamento, col danaro ereditario, di taluni debiti ereditarii (*supra*, n. 426-427).

La valutazione del vero carattere di tali atti dipende dalle circostanze particolari di ciascuna specie; dalla importanza relativa dell' atto; dalla necessità o dalla utilità più o meno grave che presentasse per la credità; dal complesso e dal confronto degli altri atti di amministrazione che il successibile abbia potuto fare; dal tempo soprattutto in cui quell' atto si sarà fatto, nel corso dei termini per distendere inventario e deliberare, o dopo il

trascorrimento dei termini medesimi, prima che il successibile fosse stato constituito in mora mercè citazione o diversamente, di assumere qualità, o dopo essere stato constituito in mora di prescegliere un partito.

Or è manifesto che cotesta valutazione va, di sua natura medesima, sottoposta ad eventi infinitamente incerti.

Ed è questa la ragione per cui tutti i nostri antichi scrittori sono unanimi nel suggerire, in simil caso, al successibile, « farsi autorizzare dal giudice a procedere ad un determinato atto di amministrazione, soprattutto una locazione, con protesta non intendere così assumere la qualità di erede » (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, articolo 1, § 1; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 27; Domat, *Leggi civ.*, lib. III, tit. III, sez. III, regola 8).

È sempre utile seguire tal suggerimento; ed il successibile agirà con prudenza inserendo le sue riserve e proteste nell' atto medesimo, oppure facendosi autorizzare dal giudice a formarlo (confr. Toullier, t. II, n. 331, 332; Duranton, t VI, n. 405; Chabot, art. 779, n. 4 e 5: Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 571; Zachariae Aubry e Rau, t. IV, p. 258).

430. — Quando il successibile si limiti a fare un atto di pura amministrazione provvisionale, è forse inoltre necessario, per non produrre l' atto medesimo, da parte sua, accettazione, che paghi di proprio danaro la spesa occorrente per tale atto ?

Ovvero dovrebbesi, per contrario, considerare accettante, se pagasse questa spesa col danaro della eredità stessa ?

Parrebbe generalmente divisarsi ogni pagamento che il successibile facesse col danaro ereditario doversi considerare atto di erede, anche quando lo avesse fatto in occasione di un atto di amministrazione meramente provvisionale ; epperò abbiamo osservato che, ammettendo che il successibile, il quale abbia disposto i funerali del defunto, non faccia atto di erede, nulladimeno richiedesi all'obbietto che abbia pagato tale spesa col proprio danaro (*supra*, n. 418).

Siffatta dottrina è forse ben fondata ?

Difficilmente il crederemmo.

Quando l' atto stesso, atteso il suo carattere, non tragga seco accettazione, ci sembra impossibile che gli stessi mezzi naturali e talvolta necessarii di esecuzione di tale atto producano accettazione : chi vuole il fine vuole i mezzi;

Or il successibile, il quale prelevi sul danaro ereditario la somma occorrente per pagare la spesa di un atto di pura amministrazione, si vale di un mezzo naturale di esecuzione dell' atto medesimo : tal mezzo può anzi essere talvolta indispensabile, come per esempio, se egli stesso non abbia danaro disponibile, e trattisi di pagare le spese di una riparazione indispensabile ed urgente ad un oggetto ereditario;

Dunque il successibile, il quale non debbesi considerare accettante, per aver fatto tale atto, neppure potrebbe venir considerato accettante per aver praticato ciò che tornava indispensabile alla esecuzione dell' atto medesimo.

In buona sostanza l'atto medesimo non supponendo di necessità la sua intenzione di accettare, nè anche potrebbe supporla la esecuzione di tale atto.

In ultima analisi trattisi qui di un atto di amministrazione di affari; o tutta la quistione consiste nel conoscere se il capace di succedere, il quale, facendo un atto di pura amministrazione, agiva in questa qualità, abbia fatto utilmente l' affare ereditario (arg. dall' art. 1375—1529; confr. decis. C. di Parigi 10 genn. 1835, Dev., 1835, II, 173; Duranton, t. XIV, n. 438; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 487, 488).

Checchè ne sia, il successibile agirà con prudenza, quando dovrà pagare la spesa col danaro ereditario, facendosi autorizzare allo obbietto dal magistrato (Confr. arresto C. cass. 1. ag. 1809, Daguillard, D., *Rac, alfab.*, v. *Success.* n. 497).

ARTICOLO II.

Degli atti di disposizione, di godimento o di amministrazione definitiva.

SOMMARIO.

431. — Ogni atto, a titolo di padrone, fatto dal successibile su'beni ereditari trae seco accettazione.

432. — Gli atti eziandio di godimento e di amministrazione possono avere tale effetto, quando si facciano a titolo di padrone. — Esempii.

433. — Ma soprattutto dagli atti di disposizione risulta di necessità l'accettazione della eredità. — Evvi luogo a disaminare primamente taluni atti di disposizione contemplati dal Codice, e poscia i più importanti fra quelli da esso non contemplati.

434. — A. 1° La vendita o cessione fatta dall'erede de'suoi diritti successorii ad una persona qualsivoglia trae seco, da parte sua, accettazione: avviene lo stesso circa la do-

431.—Dobbiamo ora investigare quali sieno gli atti, i quali suppongono necessariamente, da parte del successibile, la sua intenzione di accettare; quando, come il supponiamo sempre in avvenire, avesse diritto di farli solo in qualità di erede (*supra*, n. 398).

La regola a tal riguardo è semplicissima:

Il successibile può fare atto di padrone e di proprietario sui beni della eredità sol quando se ne consideri effettivamente padrone e proprietario.

Or può esserne proprietario e soprattutto può esercitare i diritti di proprietà sol quando abbia accettato.

Dunque il successibile, il quale agisca da padrone sui beni ereditarii, accetta necessariamente la eredità.

Ed ecco ciò che con perfetta precisione insegnavano i romani giureconsulti:

« *Pro haerede gerere, est pro domino gerere; veteres enim haeredes pro dominis appellabant...; pro haerede gerit, qui rebus haereditariis quasi dominus utitur* » (Inst. § 7, *de haered. qualit. et diff.*; *et Ulpiano Regul.*, lib. XXII, § 26).

432. —E primieramente gli stessi atti di godimento e di amministrazione possono avere cotesto carattere, quando si facciano dal successibile, a titolo di proprietario, *animo*

domini, e costituiscano di fatti atti di godimento e di amministrazione diffinitiva (arg. dagli art. 779 e 796—696, 713).

Per esempio riscuotere le rendite ovvero i capitali (*supra*, n. 426);

Fare pagamenti col danaro ereditario (*supra*, n. 427);

Recidere alberi mal collocati o che non germogliassero bene, o per ogni altro motivo.

Mutare la forma degli edifizii o la ripartizione degli appartamenti.

Fare riparazioni; quando altronde non sieno necessarie nè urgenti.

Indubitatamente son questi semplici atti di godimento e di amministrazione.

È ben vero! ma al solo padrone compete godere e lo amministrare così; e conseguentemente il successibile, il quale faccia tali atti, manifesta sempre necessariamente la sua intenzione di accettare(confr. arresto C.cass. 27 gen. 1817, Gast, D., *Rac.alfab.*, v. *Success*, n. 472; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1, e nota 2 su l'art. 336 della cons. di Orleans; Chabot, art. 778, n. 14; Duranton, t. VI, n. 405; Malpel, n. 190; Vazeille, art. 779, n. 2)

433.—Ma soprattutto dagli atti di disposizione necessariamente risulta, da parte del successibile, la sua intenzione di accettare.

Il nostro Codice ha creduto dovere, nell'art. 780—697, determinarne positivamente alcuni su cui eran sorti dubbii vigente il nostro antico diritto.

Molti altri non sono stati da esso contemplati, tornando impossibile il prevederli tutti!

Dunque successivamente esamineremo:

A. Primieramente gli atti di disposizione preveduti dal Codice.

B. Poscia, fra tutti gli altri da esso non contemplati, quelli meritevoli di maggior riguardo.

434.—A. L'art. 780—697 dispone:

« La donazione, la vendita, o la cessione « che uno dei coeredi faccia dei suoi diritti « di successione, sia ad un estraneo, sia a « tutti i suoi coeredi, ovvero ad alcuni di essi, inducano l'accettazione dell' eredità per « sua parte.

« Lo stesso ha luogo, 1° per la rinunzia fatta anche gratuitamente da uno degli eredi « a vantaggio di uno o più dei suoi coeredi.

« 2° Per la rinuncia fatta anche a profitto « di tutti i suoi coeredi indistintamente, quando riceva il prezzo della sua rinunzia. »

Tre ipotesi vengono contemplate dal su riferito articolo:

1° Che la vendita o la cessione che faccia uno dei coeredi dei suoi diritti successorii ad una persona qualunque, trae seco, da parte sua, accettazione della eredità, è cosa che di leggieri si comprende.

Avviene così eziandio della donazione che faccia dei proprii diritti successorii, sia ad un estraneo, sia ad uno o più dei suoi coeredi.

Ma come mai spiegare che la donazione che uno dei coeredi faccia dei proprii diritti successorii *a tutti i suoi coeredi* produca da parte sua accettazione? Forse tal donazione non è, in ultima analisi, altro che una rinunzia; dappoichè tutti i coeredi acquistano, per diritto di accrescimento, la parte del loro coerede assolutamente come se avesse rinunziato?

Niente affatto! e per contrario con sommo fondamento la legge distingue tal donazione dalla rinunzia.

L'erede rinunziante nulla dona ad alcuno; abbandona la eredità; l'abdica; e se la sua porzione accresce quelle dei coeredi ciò avviene in forza della sola legge, la quale aumenta così le loro porzioni, senza saputa loro e loro malgrado (art. 786—703).

Tutto l'opposto! l'erede il quale doni i proprii diritti successorii, se gli appropria per disporre; e quindi i suoi coeredi li ricevono da lui; per modo che i coeredi donatarii potrebbero, dopo avere accettato la donazione, rinunziare al rimanente della eredità, se la donazione non si fosse fatta ad essi nella loro qualità di eredi, e sotto la condizione che accetterebbe la eredità.

Dunque tale trasmissione stabilisce tra essi rapporti di autore con aventi causa, che la rinunzia ad evidenza non potrebbe produrre.

E siccome il coerede allora è donante, ed i suoi coeredi sono donatarii, converrebbe applicare tutti gli effetti della donazione.

Laonde, per esempio:

1° Questa donazione andrebbe sottoposta a collazione, se non si fosse fatta a titolo di anteparte (art. 843—762).

2° Sarebbe riducibile, se si fosse ecceduta la quota disponibile (art. 920—837).

3° Sarebbe rivocabile nei casi e sotto le condizioni stabilite dagli art. 953 e seg—878.

Dunque è forza ammettere che, in tutti questi casi, il coerede, il quale non venda o doni i suoi diritti successorii, accetta così virtualmente la eredità; epperò Furgole afferma-

va » che la cessione, il trasferimento o la disposizione racchiudono due atti distinti, uno dei quali va mascherato *fictione brevis manus* » (*dei Testam.* cap. X, sez. 1, n. 98 ; confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1; Chabot, art. 780, n. 4; Taulier, t. III, p. 229; Demante, t. III, n. 100 *bis*, I).

435.—2° È parimente manifesto doversi scorgere un'accettazione da parte dell'erede, il quale faccia una rinunzia, eziandio gratuita *a vantaggio di uno o di più dei suoi coeredi*.

Non alle parole conviene attenersi per determinare il carattere di un atto, sì bene alla sostanza stessa di questo atto, diceva Lebrun; ed indarno l'avreste denominato rinunzia, qualora di per sè constituisca accettazione.

La rinunzia vera giova, per diritto di accrescimento ed in forza della stessa legge, a tutti i coeredi del rinunziante (art. 786 — 703).

Or, per contrario, tal pretesa rinunzia gioverà ad uno o più soltanto dei coeredi.

Dunque in forza della volontà del preteso rinunziante alcuni o non gli altri si troveranno vantaggiati: dunque, vantaggiando quelli, esso medesimo dispone dei proprii diritti successorii; e se ne dispone, è forza conchiudere, come faceva Lebrun, « che necessariamente accetta, e che l'ordine naturale della sua azione si è prevalersi di ciò che gli sia giunto per successione, per gratificarne poscia uno dei suoi coeredi » (lib. III, cap. VII, sez. II, n. 19).

436. — 3°. Da ultimo, in conformità dell'art. 780, la rinunzia che l'erede faccia, eziandio a pro di tutti i suoi coeredi indistintamente, trae seco da parte sua accettazione, *quando riceva il prezzo della sua rinunzia*.

Ma, così statuendo su questo ultimo punto, il nostro Codice ha mutato tutte le antiche tradizioni.

A norma del diritto civile romano, la rinunzia mediante un prezzo non andava riguardata qualo accettazione:

« *Fuit quaestionis*, dice Ulpiano, *an pro haerede gerere videatur, qui pretium, haereditatis omittendae causa, capit ? et obtinuit hunc quidem non gerere, qui ideo accepit ne haeres sit...* »

Se non che, quando una rinunzia simigliante facesse svanire il testamento del defunto, *in edictum praetoris incidebat*, val dire quando il diritto pretorio la reputasse fraudolenta; ed il rinunziante fosse obbligato a rilasciare i legati ed i fedecommessi come se avesse fatto adizione (l. 24, ff. *de adquir. haeredit.*; l. 2, ff. *si quis omiss. cons. testam.*)

Il nostro antico diritto francese aveva adottato la stessa dottrina; e vi si reputava indubitato che la rinunzia fatta *aliquo dato* non produceva accettazione: di fatti nessun dubbio aveva luogo all'obbietto. quando i coeredi del rinunziante o gli eredi di grado susseguente *si facessero sborsare* il prezzo della rinunzia; ed esitavasi sol quando dassero al rinunziante, per prezzo della sua rinunzia, effetti creditarii; *la qual cosa somiglia più alla divisione*, diceva Lebrun; ed eziandio in tal caso risolvevasi la quistione secondo le circostanze; ed inclinavasi a ravvisarvi pure una rinunzia; « dappoichè, se non pare, aggiugneva Lebrun, che le parti abbiano voluto fare una divisione sotto il titolo di atto di rinunzia, la derivazione dell' effetto dato al rinunziante torna poco importante; dappoichè, quante volte vi sieno eredi puri e semplici, i beni cessano di reputarsi della eredità e divengono il patrimonio degli eredi » (lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 24, agg. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § I; e *della Comunione*, n. 545).

Tal era, diciamo, la dottrina quasi unanimemente insegnata un tempo. Non pertanto conviene eccettuare Domat, il quale professava la opposta regola (*Legg. civ.*, lib. I, titolo III, sez. I, n. 19), ed Auroux des Pommiers, il quale aveva adottato la regola di Domat (su l'art. 325 della cons. del Borbonese).

Ma è agevole ravvisare che Domat il quale poggia la sua dottrina su' testi romani, non ne ha compreso il senso genuino, e che ha creduto scorgere la regola stessa del diritto civile nella eccezionale modificazione, che il diritto pretorio, come dicemmo, vi aveva arrecata nello interesse de' legatarii.

437. — Non potrebbesi negare che cotesta antica dottrina pareva abbastanza unisona allo intendimento delle parti ed alla veracità del fatto.

Di fatti, da un lato, chi rinunzii, eziandio mediante un prezzo, non ha lo intendimento di divenire erede: tutto l'opposto! riceve precisamente tal prezzo *ne haeres sit!* ed i suoi coeredi o i parenti di grado susseguente al certo non hanno neppure lo intendimento di riconoscerlo erede!

D'altro lato, sembra che il rinunziante me-

desimo nè anche disponga della eredità; esso circoscrivasi ad abdicarla...., *praetermisit haereditatem* (Ulpiano, *loc. supra cit.*); si ritira; abbandona, se lice così esprimersi, il suo posto, per modo che gli altri, sia i suoi coeredi, sia gli eredi di grado susseguente, succedono essi medesimi, in forza della propria chiamata, come se il rinunziante non fosse mai esistito. In somma, come diceva Pothier, il contratto che forma con essi non è il contratto *do ut des*, sì bene il contratto *facio ut des;* io mi ritiro per lasciarvi giugnere, e ricevo il prezzo del mio abbandono (capitolo III, sez. III, art. 1, § 1).

Checchè ne sia, gli autori del Codice, su la fede forse dell'autorità di Domat, hanno diversamente divisato; ed hanno scorto in simigliante rinunzia una disposizione fatta dal preteso rinunziante de'suoi diritti successorii.

Cotesto mutamento è considerevole.

Di fatti un tempo chi aveva rinunziato *aliquo dato*, trovandosi in avvenire escluso dalla eredità, i suoi coeredi o gli eredi di grado susseguente potevano essi medesimi attenersi al partito loro conveniente, accettare puramente e semplicemente o col benefizio dello inventario, ovvero rinunziare;

Mentre oggidì il preteso rinunziante è erede, ed anche erede puro e semplice; e gli altri deggionsi considerare come suoi cessionarii, non avendo direttamente essi medesimi relazioni con la eredità (Confr. Mourlon, *Ripetiz. scrit.*, t. II, p. 90 nota 2.)

E la invenzione tra essi debbe produrre gli effetti di una cessione di diritti successorii (confr. art. 1696-1698—1542-1544).

438. — Dunque, quante volte l'erede avrà ricevuto il prezzo della sua rinunzia, qualunque sia altronde il prezzo medesimo, contante, mobili o immobili, o una obbligazione qualsivoglia contratta da coloro che debbono cavare vantaggio, dovrà considerarsi accettante.

E poco importerebbe che avesse fatto in cancelleria una rinunzia pura o semplice, se fosse dimostrato contro di lui aver ricevuto, per atto separato, manifestamente o segretamente, il prezzo di tal rinunzia (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 573; Demante, t. III, n. 100 *bis*, IV).

La soluzione non sarebbe più la stessa, se la convenzione seguita non constituisse una vendita di diritti successorii; come se, per esempio, i coeredi del rinunziante avendolo liberato dall'obbligo di conferire nella eredità una somma da lui dovuta al defunto, venisse riconosciuto in fatto che tale esoneramento dalla collazione non è il prezzo della sua rinunzia, ma una vera liberalità (confr. arresto C. cass. 28 genn. 1859, Guthzeith, D. 1856. 1, 159).

439. — Dall'art. 780 risulta non doversi considerare come atto di accettazione la rinunzia gratuita, che l'erede facesse *a profitto di tutti i suoi coeredi indistintamente*; avvegnachè l'articolo medesimo dichiara che tal rinunzia trae seco accettazione sol *quando riceva il prezzo della sua rinunzia.*

La stessa dichiarazione, che facesse l'erede nel suo atto di rinunzia in cancelleria, di rinunziare a vantaggio e nello interesse di tutti i suoi coeredi o di tutti gli eredi di grado susseguente, non impedirebbe dunque doversi la rinunzia, essendo gratuita, considerare pura e semplice, come se l'erede non avesse fatto alcuna menzione de'suoi coeredi o degli eredi di grado susseguente nè del motivo che lo induceva a rinunziare.

Indarno opporrebbesi che, a norma del n. 1 dell'art. 780, la donazione fatta da uno de'coeredi *a tutti i suoi coeredi* trae seco accettazione, e che è mestieri considerare come donazione la rinunzia medesima fatta *a vantaggio di tutti i coeredi;* non avendo l'erede dichiarato che egli *donava;* per contrario ha dichiarato che *rinunziava*; e siccome, da un lato, non riceve alcun prezzo per tal rinunzia; siccome, d'altro lato, non modifica menomamente la ripartizione legale, risultante dal diritto di accrescimento, così si è dovuto considerare avere effettivamente rinunziato.

Tal era altresì il sentimento di Furgole, il quale divisava che queste dichiarazioni enunciavano semplicemente lo effetto legale della rinunzia, il quale si è giovare indistintamente a tutti i coeredi o agli eredi di grado susseguente: « è a dire di ciò, egli affermava, come quando, con contratto di matrimonio, si stipula che la futura sposa godrà lo assegnamento vedovile a norma della consuetudine; avvegnachè tale assegnamento è consuetudinario, anzichè prestabilito. » (Lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 11).

Similmente, nella ipotesi in esame, per effetto della legge, ed in forza dell'articolo 786 — 703, i coeredi del rinunziante o gli eredi di grado susseguente si giovano indistintamente della rinunzia; e non mai per effetto di una disposizione nè di una liberalità da parte dello stesso rinunziante verso

di essi (Confr. Pothier, *Trattato della comunione*, n. 544).

È questa la regola generale; ma nulladimeno tal regola potrebbesi trovar modificata, come se venisse giudicato, dietro dimanda di chi di dritto, essere stata la rinunzia un mezzo adoperato per esercitare una indiretta liberalità (confr. Duranton, t. VI, n. 373; Demante, t. III, n. 100 *bis*, I).

440. — Mazerat, in una delle sue annotazioni sopra Chabot (art. 780, n. 2, nota 1), fa osservare che la rinunzia gratuita, eziandio quella fatta a vantaggio di tutti i coeredi, potrebbe, secondo le circostanze, trar seco accettazione; ed adduce ad esempio il caso in cui i genitori, concorrendo con fratelli e sorelle, uno di costoro rinunziasse a pro di tutti i suoi coeredi; come la metà spettante ai genitori accrescerebbesi allora, per effetto di tal rinunzia, in disprezzo delle disposizioni del Codice, così vi sarebbe attribuzione, dice Mazerat, e conseguentemente accettazione (confr. art. 748 e 751 — 671; ed il t. I, di questo trattato, n. 451).

Potrebbe effettivamente avvenir così nel caso in cui si riconoscesse che l'erede, dichiarando rinunziare a pro di tutti i suoi coeredi, ha inteso modificare l'effetto legale del dritto di accrescimento, e che la sua porzione venisse ripartita fra tutti i suoi coeredi, senza riguardo alla chiamata ereditaria di ciascun di essi. Sarebbe questa una quistione di interpetrazione; ma in generale, quando l'erede dichiari *rinunziare* a pro di tutti i suoi *coeredi*, dovrebbesi, a parer nostro, divisare aver inteso fare una semplice rinunzia coi suoi effetti legali ereditarii.

441. I compilatori del nostro Codice hanno desunto, come avvertimmo (*supra*, n. 433), dall'antico dritto le tre soluzioni racchiuse nell'art. 780.

Ma forse non ricordarono abbastanza, nel riprodurle, il mutamento da essi medesimi introdotto nella forma, onde la rinunzia potrebbe farsi.

Di fatti un tempo la rinunzia ad una eredità poteva seguire per atto notarile; e la forma di quell'atto naturalmente prestavasi ad ogni specie di convenzioni e disposizioni.

Per contrario oggidì la rinunzia può farsi soltanto nella cancelleria del tribunale (articolo 784 — 701), val dire mercè dichiarazione meramente unilaterale, la quale non ammette alcun'altra clausola.

E di qui sono insorte talune difficoltà sul punto di conoscere in qual modo ed in qual forma possono in avvenire avverarsi le ipotesi prevedute con l'articolo in esame.

442. — Relativamente alla prima ipotesi, val dire quella in cui l'erede dichiari voler fare *donazione, vendita o cessione de' suoi diritti di successione*, sembra indubitato che l'atto non potesse aver luogo sul registro della cancelleria destinato alle rinunzie.

Da un lato l'erede non manifesta allora, eziandio in apparenza, di fare una rinunzia: per contrario trattasi di una donazione, di una vendita o di una cessione;

D'altro lato l'art. 780, 1° comma, neppure adopera in tal caso il vocabolo *rinunzia*:

Dunque è questo un atto ordinario:

Sia a titolo gratuito, ove trattisi di una donazione;

Sia a titolo oneroso, ove trattisi di vendita o cesssione.

E conseguentemente è mestieri osservare, secondo le circostanze, sia le forme della donazione tra vivi (art. 931 e seg. — 855), sia le forme di convenzioni a titolo oneroso (art. 1317 e seg. — 1274; legge del 25 ventoso anno XI).

Dunque il cancelliere dovrebbe negare il suo ministero; dappoichè non è rivestito, per tali atti, di veruna competenza; ed avverrebbe così eziandio nel caso in cui un de' coeredi volesse donare i suoi dritti successorii a tutti i suoi coeredi, andando tal caso letteralmente compreso nel 1° comma dell'articolo in esame (confr. Demante, t. III, n. 100 *bis*, II).

442 *bis*.—Ma nelle due ultime ipotesi contemplate con l'art. 780 la rinunzia può forse farsi in cancelleria?

Potrebbesi, in senso affermativo, ragionar così:

1° Il testo, pei due ultimi casi, adopera il vocabolo *rinunzia*; conseguentemente suppone essersi potuto fare una rinunzia: or la rinunzia può farsi con atto in cancelleria: dunque suppone, per questa medesima circostanza, che la rinunzia, in tali due casi, abbiasi potuto fare in cancelleria.

2° Di fatti sembra che la stessa natura del fatto non osteggia essenzialmente, nelle due ultime ipotesi, l'uso di cotesta forma; dappoichè al postutto è sempre una rinunzia tal quale l'erede intende farla.

Nulladimeno avvisiamo doversi reputare indubitato che il cancelliere non dovesse ricevere dichiarazioni di tal genere:

Il registro di cancelleria è destinato a comprovare le rinunzie (art. 784—701);

Or tutto l'opposto! coteste specie di dichiarazioni constituiscono vere accettazioni;

Dunque il cancelliere non debbe inscriverle sul suo registro.

Ciò ci sembra inconcusso.

Dunque ciascuna di tali convenzioni debbe farsi nelle forme ad essa proprie.

Trattasi forse della rinunzia gratuita fatta da uno degli eredi a pro di uno o più dei suoi coeredi ? è questa una donazione per cui vi è luogo ad osservare le solennità richieste con gli art. 931 e seg.—855. Cotesta dottrina, generalmente insegnata, ci pare di fatti più giuridica di quella a norma di cui un atto privato sarebbe sufficiente in simil caso (decis. C. di Caen 26 feb. 1827, Chedeville, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 476).

Trattasi forse di rinunzia non gratuita fatta da uno dei coeredi a vantaggio degli altri ? è una convenzione a titolo oneroso, la quale va sottoposta alle forme ordinarie di diritto comune.

Se non pertanto di fatti il cancelliere avesse ricevuto una dichiarazione di tal genere, avvisiamo doversi statuire :

1° Che sarebbe interamente nulla, nel caso in cui le formalità solenni della donazione tra vivi avessero dovuto osservarsi.

2° Che in caso opposto, sarebbe parimente nulla, se non fosse sottoscritta dalla parte, ma che se la parte l'avesse sottoscritta, vi sarebbe luogo ad applicare l'art. 1318—1272, e che conseguentemente la cessione o il trasferimento dei diritti successorii fatto dall'erede preteso rinunziante potrebbe quindi seguire col consenso e l'accettazione dei cessionarii (confr. arresto C. cass. 17 agosto 1815, Chedeville, Sirey, 1815, I, 413; Duranton, t. IV, n. 397; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 573; Demante, t. III, n. 100 *bis*, II; Taulier, t. III, p. 229; Marcadé, art. 780; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 305; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, numero 478).

443.—Supponiamo ora che la rinunzia, fatta da uno dei coeredi, sia gratuitamente a pro di alcuni dei suoi coeredi soltanto, sia mediante un prezzo a pro di alcuni o di tutti i suoi coeredi, nella forma in cui ebbe luogo, venga giudicata nulla ed inefficace ad obbietto di attribuire agli altri coeredi i diritti successorii del rinunziante.

Puossi dimandare se essa constituirà sempre, da parte del rinunziante, un atto di accettazione, in conformità dell'art. 780.

La negativa parrebbe logica ed equa : non è forse di fatti logico non scindere le disposizioni di un solo e medesimo atto ? e la equità non richiede forse altresì che chi abbia manifestato lo intendimento di essere erede nella mira di fare una trasmissione dei suoi diritti, non venga reputato aver voluto essere erede ad ogni costo, e non sia dichiarato erede, tostochè non abbia luogo la trasmissione che intendeva fare ? (Confr. Demante, t. III, n. 100 *bis*, III).

Ma non pertanto donde mai deriva l'accettazione della eredità, nei tre casi contemplati con l'art. 780 se non dallo intendimento manifestato dal successibile di accettarla ; e di fatti ciò che il legislatore considera sempre, nella subbietta materia, non è il fatto stesso nè il risultamento, ma la intenzione e la volontà, *potius animi quam facti*.

Or il successibile, disponendo dei suoi diritti ereditarii, ha sempre appalesato lo intendimento di accettare, anche quando tal disposizione non abbia effetto (*infra*, n. 465);

Dunque ha fatto un atto di accettazione ; dunque debbe essere dichiarato erede, comunque la disposizione da lui fatta sia inefficace per la trasmissione dei suoi diritti (confr. Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 49; Delvincourt, t. II, p. 28, nota 4; Marcadé, articolo 780; Taulier, t. III, p, 229; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.* n. 479; Tambour, del Benefizio dello *inventario*, p. 212).

444. — B. Le tre ipotesi di tacita accettazione additate dall'articolo 780 constituiscano semplici esempii.

E conviene considerare quale importante accettazione ogni atto onde il successibile disponga, sia della universalità in tutto o in parte, sia di uno o più oggetti particolari della eredità.

Tali sarebbero la donazione o la vendita di un oggetto ereditario fatta dall'erede (articolo 1599—1444);

Lo stabilimento di una ipoteca, di una servitù o di un diritto reale qualsivoglia su gli immobili ereditarii (art. 2125-2129—2011-2015);

La transazione, relativamente agl'interessi della eredità, sopra un giudizio sorto o da sorgere, sia coi creditori, sia coi legatarii o altre persone (art. 2045—1947);

Il compromesso (art. 1003 C. pr. — 1079;

decis. C. di Bordò 19 genn. 1838, Bordes, D., *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 473):

L'acquiescenza o la rinunzia (art. 402 C. pr. — 495);

La remissione di un debito o di un pegno;

La concessione di una dilazione ad un debitore della eredità;

445. — Ma in senso inverso non dovrebbesi di necessità, a parer nostro, scorgere un atto di accettazione nella dimanda di una dilazione, fatta dal successibile ad un creditore ereditario nella sola sua qualità di capace di succedere (articolo 779 , 1374 — 696, 1328).

446. — La rinunzia del successibile alla comunione esistita fra il suo autore ed il conjuge di costui produrrebbe al certo, da parte sua, accettazione (Confr. sentenza del tribunale civ. della Senna 10 marzo 1841, Duvergier, D, *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 482; arresto C. cass. 23 dicembre 1846, Bigot, D. 1847, I, 24).

447. — La disposizione testamentaria fatta dal successibile di un effetto della eredità produrrebbe pure, da parte sua, accettazione dopo la sua morte (confr. art. 895 e 1021— 845 e 975; L. 86, § 2, ff. *de adquir. vel omitt. haeredit*; Furgole, cap. X, sez. 1, numero 99).

Diciamo *dopo sua morte*; dappoichè ben si comprende che nessuno potrebbe dimandare, durante sua vita, la comunicazione del suo testamento per desumerne un atto di accettazione (confr. Duranton, t. VI, n. 384).

E quindi i suoi eredi non potrebbero più invocare l'art. 784 — 698, non essendo morto il loro autore senza avere accettato la eredità.

448. — Si è sempre divisato, e con sommo fondamento, che il successibile, il quale impugni il testamento del *de cujus*, accetta così la eredità ; dappoichè tal dimanda, che egli può formare in qualità di erede, suppone anche necessariamente la sua intenzione di accettare, *agnovisse successionem non immerito videtur*, diceva Papiniano (L. 14, ff. *de bon. possess.*)

Avverrebbe così di ogni dimanda di nullità o di rescissione formata dal successibile avverso un'alienazione o una obbligazione consentita dal *de cujus* (conf. Furgole, cap. X, sez. 1, n. 100; Chabot, art. 778, n. 12; Duranton, t. VI, n. 386).

449. — Tale sarebbe pure la dimanda formata dal successibile, contro il terzo possessore, di rilascio di un oggetto ereditario;

La dimanda di petizione di eredità;

La dimanda di dichiarazione d'indegnità formata da lui avverso il coerede o l'erede di primo grado (art. 727—648; confr. il t. 1, n. 281; Duranton, t. VI, n. 398; Chabot, articolo 778, n. 23);

La dimanda di divisione, ed *a fortiori* la stessa divisione, la quale, dice Furgole, è fra tutti gli atti di adizione di eredità il più positivo (cap. X, sez. 1, n. 104; confr. L. 1 e II, ff. *famil. ercisc.*; decis. C. di Parigi 30 dicembre 1837, Fontaine, D., *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 478; Chabot, art. 778, n. 12 e 24; Poujol, p. 392-393).

450. — Un tempo era *grave quistione*, come dice Furgole, quella se il successibile, il quale conferisca nella eredità i beni donatigli tra vivi dal *de cujus*, faccia così un atto di accettazione.

E parecchi sostenevano la negativa, poggiandosi su la legge 13 del Digesto, *de condictione causa data, causa non secuta* (confr. Bartolo e Baldo, h. loc).

Potrebbesi aggiugnere in tal senso che il successibile, circoscrittosi ad una collazione non ha toccato i beni ereditarii e non vi ha esercitato alcun atto di dominio.

Ma nulladimeno non aveva qualità diversa di quella di erede per fare la predetta collazione (art. 843, 857 — 762, 776); e non è forse pur vero che tale atto necessariamente supponga la sua intenzione di accettare ? di fatti quale altra spiegazione potrebbeseno somministrare ?

Laonde tale era già, vigente il nostro antico dritto, la generale opinione ; e rispondevasi all'argomento desunto, in senso opposto, della su riferita legge romana, che la legge medesima era relativa al possesso di beni, che conveniva dimandare, e non all'adizione di eredità, la quale poteva emergere dalla sola manifestazione della volontà dell'erede (conf. Furgole, cap. X, sez. 1, n. 115).

451. — Abbiamo già affermato (*supra*, n. 419) che il capace di succedere, il quale denunzii alla giustizia la uccisione del defunto, non fa atto di erede: è questo, dice saggiamente Delvincourt (t. II, p. 25, nota 8) lo adempimento di un dovere di natura, ed un atto, in certa guisa preliminare, all'accettazione; dappoichè la mancanza di denunzia da parte del successibile potrebbe, anche quando accettasse, farlo escludere come indegno (art. 727, 3° comma — 648; confr. L. 20,

§ 3, ff. *de adquir. vel omit. haered.*)

Tal era pure il sentimento dei nostri antichi autori, i quali, ben lungi dallo scorgere un atto di adizione di eredità nel fatto del successibile che agisse per la vendetta del defunto, richiedevano per l'opposto che esercitasse la vendetta medesima prima *di fare il più lieve atto di erede* (*ved.* il tomo I , numero 252).

452. — Inoltre un tempo statuivasi che il successibile non faceva adizione di eredità dimandando ed ottenendo danni interessi pecuniarii contra l' uccisore del *de cujus*. Il diritto a tal riparazione civile consideravasi attribuito non alla qualità di erede,ma a quella di parente ; proviene loro, diceva Lebrun, *a genere et rerum natura* ; e se ne inferiva :

1° Che il capace di succedere poteva esercitarlo senza fare adizione, potendo esercitarlo eziandio rinunziando ;

2° Per conseguenza che le somme provegnenti da tali riparazioni civili *non andavano sottoposte ai debiti del defunto*, e che, per esempio, l' erede beneficiato non era obbligato a farne indenni i creditori ereditarii;

3° Che finalmente il successibile , in caso, di rinunzia o accettazione col benefizio dello inventario , non poteva farsi indennizzare , sui beni ereditarii, delle somme shorsate per lo esercizio di tale azione di riparazion civile (confr Lebrun , lib. III , cap. VIII , sez. II , n. 4, e lib. IV, cap. II, sez. IV, n. 35 e 43 ; Pothier , *della Comun.*, num. 548; Furgole, cap. X , sez. I , n. 414 e 444 ; Rousseau de Lacombe , v. *Interessi civili*. n. 3; Ferrérès, su l' art. 317 della cons. di Parigi ; Lepêtre 1ª cent., cap. II).

La stessa dottrina viene pure oggidì generalmente insegnata (confr. Delvincourt, t. II, p. 25, nota 8; Toullier, t. II, n. 333; Duranton, t. VI, n. 398).

È di fatti avvisiamo essere cotesta dottrina unisona a' veri principii.

Quali persone possono esercitare l' azione civile di risarcimento del danno arrecato dal reato? (Art. 2 C. istr. crim. — 4).

È questa una importante tesi , la quale ha sempre presentato notevoli difficoltà.

Il nostro antico dritto non racchiudeva all' obbietto regole molto sicure. Lebrun chiedeva, con una certa perplessità , *quale ordine debbesi osservare per tal genere di emolumenti, e se debbesi seguire esattamente l'ordine dell'affezione naturale...*; e proponeva, forse alquanto arbitrariamente, un ordine il quale non era di fatti quello delle successioni (lib. IV, cap. II, sez. IV, n. 36-45.)

Non pertanto talune consuetudini avevano fermato un ordine in certa guisa gerarchico, nel quale dovevano esercitarsi tali specie di azione (Cons. di Hainant, cap. XIX, art. 7; di Bretagna, art. 655.)

Il nostro ordinamento giudiziario moderno, segnatamente con la sua ammirabile instituzione del pubblico ministero , ha dovuto di necessità circoscrivere la sfera delle persone cui la nostra antichissima giurisprudenza permetteva muover direttamente querela del reato.

E non pertanto gravi divergenze sussistono tuttodì frai criminalisti circa la quistione quale sia la specie di danno , e conseguentemente d' interesse, che possa dare adito all'azion civile.

Non è forse indispensabile che il danno sia personale alla parte querelante ?

È forse necessario che il danno medesimo sia materiale ?

Ovvero per contrario la morale lesione, la *causa doloris*, può forse altresì generare tale azione ?

Rispetto a noi , inclineremmo a divisare , con Faustino Kélic, che *questi due titoli, riuniti o separati, conferiscono diritto allo sperimento dell'azion civile* (t. II, p. 336).

Ma é questa, ne conveniamo, una tesi oltremodo controversa (confr. decis. C. di Parigi 9 luglio 1836, Fournier, Dev., 1838, II, 50; arresto C. cass. 24 sett. 1846; Viennot, Dev., 1846, I, 657 ; Trébutien, *Corso di diritto penale*, t. II. p. 28 e 30).

Qui non dobbiamo approfondirla ; e basta per la dimostrazione, che ora unicamente ne incumbe , lo assodare che , in mezzo alle divergenze intorno a cotesto procardico subbietto , si è generalmente di accordo nello ammettere che l' azion civile , a chiunque debba appartenere , non rinviensi nella eredità, e che conseguentemente lo aperimento che possa farsene dal capace di succedere non trae seco, da parte sua, accettazione (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Riparazion civ.*, § 2; Troplong, *del Contratto di matrimonio*, tom. III, n. 1526).

452 *bis*. — Altronde ben si comprende applicarsi da noi la su esposta dottrina alla sola ipotesi di un reato che abbia cagionato la morte del *de cujus*.

Per contrario nel caso in cui il reato fosse

anteriore alla morte del defunto, se tuttora esistesse un'azione civile, dopo la sua morte, pel reato medesimo, potrebbesi sperimentare dal successibile soltanto nella sua qualità di erede (arg. dall'art. 957—882): questa sembra essere altresì la dottrina professata dal nostro onorevole collega Trébutien (*loc. supra cit.*).

453. — Il successibile ha fatto seppellire un suo parente nell'avello destinato a sepoltura di famiglia, *in sepulchrum haereditarium*.

Debbesi forse reputare accettante?

No, rispondeva Ulpiano (l. 20 § 3, ff. *de adquir. vel omitt. hæred.*).

No, rispondevano eziandio i nostri antichi autori francesi (confr. Lebrun, lib. III, c. VIII, sez II, num. 5; Furgole, cap. X, sez. I, numero 178; Henrys, tom. I, lib III, cap. III, quist. 42).

E similmente no è mestieri rispondere oggidì; dappoichè le tombe di famiglia costituiscono una specie di proprietà particolare, la quale non va regolata da'principii risguardanti gli altri beni; e manifestamente, per esempio, non formano il pegno de' creditori ereditarii! Dunque il successibile ha potuto agire così in qualità di parente, soprattutto se trattisi di un figlio (confr. sentenze del trib. civile della Senna 21 dicembre 1856, L....; 3 aprile 1857, Dagincourt, Dev., 1857, II, 337, 348; arresto C. cassaz. 7 aprile 1857, Dupont de Chavogneux, Dev., 1857, I, 341).

454. — È forse fare atto di erede il soddisfare i debiti ereditarii o i legati?

Generalmente si conviene che il successibile, il quale paghi i debiti ereditarii col danaro ereditario faccia un atto di accettazione; avvegnachè, per pagare validamente, bisogna essere proprietario della cosa data in pagamento (art. 1238—1191; *ved.* nondimeno *supra*, n. 427 e 430).

Avviene altrettanto rispetto alla soddisfazione o al rilascio de' legati in effetti ereditarii.

455. Ma che mai statuire, quando il successibile di proprio dovere paghi i debiti ereditarii o i legati?

Tal pagamento veniva considerato per diritto romano quale atto di adizione di eredità (confr. l. 2, Cod. *de jure delib.*; e l. 8, § 2, Cod. *de inoffi. test.*)

Tale era pure la dottrina ammessa nella nostra antica giurisprudenza francese; anzi la consuetudine del Borbonese l'aveva positivamente sancita col suo art. 325: « Quando il capace di succedere paghi creditori, legati..., reputasi erede e non può più rinunziare... » (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. I, § I; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, num. 27; Furgole, cap. X, sez. I, n. 140; Domat *Leggi civ.*, lib. I, tit. II, sez. II, regola 5).

Già un tempo Guy-Coquille insegnava, vigente l'antico diritto, che quelle consuetudini *spingevano le cose troppo oltre ed erano troppo generiche*: *io credo*, egli diceva, che *per fare atto di erede, bisogna toccare i beni ereditarii* (*Inst. di diritto fr.*, tit. *delle Success.* e su l'artic. 26 del titolo *delle Success.* della cons. del Nivernese).

La opposta dottrina si è non pertanto insegnata sotto l'impero del Codice; e Chabot segnatamente la propugna con ampli sviluppamenti: il successibile, egli dice, a credere di Pothier, potendo esser tenuto dei debiti o pesi solo in qualità di erede, manifesta positivamente, col pagarli, che vuole essere erede (art. 778, n. 20).

Ma tutto l'opposto! e cotesto argomento si ritorce, nel modo più perentorio, avverso la dottrina da lui propugnata;

Per potere un atto del successibile trar seco, da parte sua, accettazione, è mestieri che costui non abbia avuto diritto di fare l'atto medesimo in qualità diversa da quella di erede (art. 778—595);

Or, da un lato, una obbligazione può soddisfarsi da un terzo, il quale non siavi interessato (art. 1236—1189): d'altro lato il successibile ha potuto pagare i debiti o i legati, come terzo, in qualità d'interventore o gestore di affari;

Dunque il pagamento medesimo non potrebbesi considerare come atto di accettazione.

Indarno obbiotterebbesi che tale supposizione è sommamente inverosimile, soprattutto se il successibile abbia soddisfatto, nel debito, precisamente la porzione corrispondente alla sua chiamata ereditaria..., *pro parte haereditaria*.

Come testè dicemmo (*supra*, n. 400), non trattasi qui di conoscere se l'atto fatto dal successibile renda più o meno verosimile oppure evidente la sua intenzione di accettare: è uopo che la supponga *necessariamente*, val dire che non comporti veruna altra spiegazione: or in diritto, il successibile ha potuto pagare come terzo interventore; e di

fatti effettivamente talvolta avrà fatto il pagamento medesimo, sia per onoranza alla memoria del defunto, sia per altro motivo, per antivenire o impedire procedimenti o dimande di risoluzione: tanto più che facendo così l'affare della eredità, conosceva che avrebbe fatto l'affare proprio, se accettasse di poi, ma senza nulladimeno aver la determinazione di accettare. Altronde puossi ravvisare che Chabot arreca alla sua regola restrizioni ed eccezioni siffattamente numerose che la stessa regola in certa guisa vi sparisce; e nondimeno l'autore richiede sempre che il successibile espressamente dichiari, in tutti i casi, non intendere fare atto di adizione di eredità.

Cotesta dichiarazione non è, a parer nostro, menomamente necessaria, quando il successibile paghi col proprio danaro; e Chabot, professando pure simigliante dottrina, atteso l'art. 778, ci sembra non andare abbastanza compiutamente immune dalla influenza degli antichi principii (confr. *supra*, n. 418; Delvincourt, t. II, p. 27, nota 2; Duranton, t. VI, n. 408; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 257; Taulier, t. III, p. 227; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 568; Demante, t. III, n. 98 *bis*, IV; D., *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 500, 501).

456.—È quistione similmente controversa se il pagamento dei diritti di mutazione fatto dall'erede (col proprio danaro) tragga seco da parte sua accettazione della eredità.

Per l'affermativa puossi sostenere che, in questo particolar caso, il successibile, per fare il pagamento medesimo, ha l'unica qualità di erede, e che non potrebbesi ammettere pagarsi da lui i diritti di mutazione, se di fatti non intendesse accettare (confr. decis. C. di Caen 17 gen. 1824, Cardin, Sirey, 1825, II, 22; Vazeille, art. 778, n. 11).

Non pertanto non avvisiamo essere ben fondata cotesta soluzione: sia perchè il debito dei diritti di mutazione ha un carattere speciale, e se è debito del successibile, è debito suo relativamente allo Stato, ma non mai relativamente ai terzi, creditori della eredità o legatarii; sia perchè il pagamento dei diritti di mutazione, dovendo aver luogo, in un termine prefisso, sotto pena di soggiacere al pagamento di diritti maggiori, ha potuto farsi dal successibile per provvedimento conservatorio, e precisamente ad obbietto di mantenersi nella posizione in cui era di capace di succedere con facoltà di accettare o rinunziare. Tal è, a parer nostro, la vera soluzione; e cotesta soluzione potrebbesi modificare sol quando emergesse dalle particolari circostanze che il successibile, pagando i diritti di mutazione, abbia inteso accettare; ma il semplice fatto di cotesto pagamento non sarebbe sufficiente (confr. decis C. di Grenoble 12 agosto 1826, Colomb, Sirey, 1827, II, 174; di Lione 17 lug. 1829, Marcoux, Sirey, 1829, II, 302; di Tolosa 7 giugno 1830, Clanet, Sirey, 1831, II, 66; di Limoges 19 feb. 1831, Laboscho, Dev., 1833, II, 349; di Parigi 5 luglio 1836, Blaise, Dev., 1836, II, 477; arresti C. cass. 1. feb. 1843, Grenovilloux, Dev., 1843, I, 438; 7 lug. 1846, Eliceiry, Dev., 1846, I, 868; di Bordò 15 genn. 1848, Sanvaget, Dev., 1848, II, 263; Championnière e Rigaud. *Trattato dei diritti di registro*, t. III, n. 2565; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 778, *Osserv.* 5; Poujol, art. 770, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 257; Massè e Vergè t. II, p. 305).

457. — Con maggior ragione non potrebbesi scorgere un atto di erede nella semplice dichiarazione di successione, fatta dal successibile, senza pagamento dei diritti di mutazione (confr. decis. C. di Agen 6 apr. 1816, Delatour, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, numero 506).

458. — Il successibile era creditore della eredità o legatario del *de cujus*; e di propria autorità si pone in possesso della cosa formante l' oggetto del suo credito e del suo legato.

Debbe forse venir dichiarato accettante?

Le opinioni erano già sommamente divergenti su tal punto sotto lo impero dell' antico nostro diritto.

Alcuni divisavano che il successibile facesse così adizione di eredità: le consuetudini di Parigi (art. 336) e di Orleans (art. 317) racchiudevan pure una disposizione positiva in tal senso (confr. il Presidente Fabro, Cod., lib. VI, tit. XII, defin. 1; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 1; Ferrière, su l' art. 317 su riferito; de Laurière sopra Loisel, *Inst. cons.*, lib. II, tit. V, regola 3).

Mentre altri per contrario insegnavano che tale atto non doveva far presumere lo intendimento di accettare (confr. Bartolo su la legge 88, ff. *de adquir. haered.*; Furgole, cap. X, sez. 1, n. 102 e 105-106).

La stessa divergenza di opinioni ha proseguito a sussistere oggidì.

La dottrina, a norma di cui è necessario,

in simil caso, dichiarare accettante il successibile, viene professata alacremente da taluni scrittori:

« Di fatti, dicesi, un creditore o un legatario non ha, in questa qualità, diritto di appropriarsi direttamente l'oggetto del suo credito o del suo legato: dunque ha potuto legalmente impossessarsene in qualità di erede; e non dovrebbesi ammettere, per esimersi dalle conseguenze di tale impossessamento, ad addurre avere agito per semplice via di fatto » (Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 259, nota 30; Toullier, t. II, n. 330; Chabot, art. 778, n. 16).

Duranton sembra fare una distinzione fra il legato ed il credito: dichiarando pure che il successibile, il quale direttamente s'impossessi della cosa legatagli, fa atto di erede, il dotto autore insegna una soluzione opposta rispetto al successibile, il quale direttamente si impossessi della cosa dovutagli (confr. t. VI, n. 400 e 401).

Non sappiamo ben comprendere siffatta distinzione; avvegnachè entrambe tali ipotesi congiuntamente ci sembrano andar sottoposte alla medesima soluzione (confr. articolo 1014, 1243—968, 1198); e la miglior soluzione, a creder nostro, sarebbe il non iscorgere alcun atto di accettazione in ambedue.

La essenziale condizione, è forza non dimenticarlo! per potere avere tal carattere un atto dell'erede si è che *necessariamente* supponga il suo intendimento di accettare;

Or il fatto del successibile il quale direttamente s'impossessi della cosa dovutagli o legatagli, suppone forse di necessità tale intendimento? no certamente! e potrebbesi pur dire che, per lo più supporrà un intendimento opposto, come se, per esempio, il successibile fosse il solo chiamato a tutta l'eredità: di fatti qual bisogno aveva allora di appropriarsi specialmente quella determinata cosa, se reputasse tutte le altre cose ereditarie dovergli parimente appartenere? Ma, anche quando il successibile abbia coeredi, non sapremmo ammettere cotesto impossessamento mostrare di necessità da parte sua l'intendimento di accettare. Fuori dubbio tale impossessamento è irregolare; ed il successibile avrebbe dovuto formare una dimanda di pagamento o rilascio; ma non trattasi qui d'infliggergli una pena per tale irregolarità: la forzata accettazione, a titolo di decadenza penale, emerge dai fatti di frode determinati con l'art. 792—709; e, negli altri casi, anche quando il successibile avesse agito irregolarmente, non devesi venir dichiarato crede, se l'atto da lui fatto non supponga di necessità tale intenzione. Chi mai potrebbe sostenere, per esempio, che il successibile, il quale direttamente riprendeva nella eredità il cavallo o un mobile qualsivoglia da lui prestato al *de cujus* o deposto presso di esso, faccia così atto di erede? Si esclama esser questa *una via di fatto*, ed il successibile non potere formarsene un titolo! Rispondiamo esser l'atto molto meno *una via di fatto*, che un modo di procedere semplicemente irregolare; ed anzi non essere impossibile avere il successibile agito così per mera ignoranza; dappoichè al postutto riprende ciò che gli appartiene, essendo, nei nostri odierni principii, il credito di un corpo certo una proprietà (art. 711, 1138 — 632, 1092); e cotesta considerazione è di natura tale da molto scemare, su tal quistione, l'autorità dell'antico dritto, a norma di cui il creditore non era proprietario della cosa dovuta fino a quando nessuna tradizione gli si fosse fatta.

Dunque conchiuderemo con Furgole esser mestieri, in simil caso, *volgersi dal lato* il quale tende ad escludere l'obbligazione, che l'adizione dovrebbe produrre, se fosse presunta (*loc. supra cit.*; confr. Vazeille, articolo 778, n. 11; D., *Rac. alfab.*, v. *Succes.*, n. 494-495.)

458 *bis*. — Non potrebbesi forse giugnere sino a sostenere che il successibile, creditore di una somma, il quale si soddisfacesse col danaro ereditario, ponendo la sua quietanza nelle carte della eredità, non farebbe necessariamente atto di erede? Indubitatamente fa ciò che non deve fare! è ben vero che dispone del danaro ereditario! ma alla per fine l'atto tal quale si è fatto da lui, suppone forse *necessariamente* la sua intenzione di accettare? Per contrario non escluderà forse tale intenzione, se il successibile avesse dichiarato, nella quietanza, che spinto dal bisogno di danaro si soddisfaceva esso medesimo in qualità di successibile? Ma tal circostanza è più procardica; e non suggeriremmo al successibile potere agire in tal guisa (confr. *supra*, Tambour, p. 243).

459. — Ciò che ci pare indubitato si è che non converrebbe ravvisare un atto di accettazione nel fatto dell'erede, il quale si limitasse a ritenere una cosa appartenente all'eredità e di cui trovavasi in possesso, mentre viveva il *de cujus*, ad un titolo qualsivoglia, di pegno o anticresi, o diversamente (confr.

supra, num. 408 *ter*; Chabot, artic. 778, num. 47).

460. — Il successibile il quale esiga o riceva ciò che vada dovuto alla eredità fa atto di erede: di fatti agire contra i debitori o riscuotere da essi è fare atto di padrone.

Avverrebbe diversamente nel caso in cui, a seconda delle circostanze, i procedimenti esercitati dal successibile, o la riscossione fatta da lui del danaro dovuto alla eredità, potrebbero considerarsi come atti di amministrazione conservatoria; ma allora sarebbe maggior prudenza che il successibile facesse proteste e riserve (*supra*, n. 426; confr. aresto C. cass. 27 genn. 1847, Gast, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 472; Furgole, cap. X, sez. 4, n. 114; Domat, *Leggi civ.*, lib. III, sez. I, regola 4; Chabot, art. 778, n. 18, ed art. 779, n. 3; Troplong, *del Contratto di matrimonio*, t. III, n. 1519.)

460 *bis*. — Il capace di succedere farebbe forse atto di crede, se sostenesse, sia da attore, sia da convenuto, un giudizio risguardante gl' interessi dell' eredità?

Parecchi sembrano insegnare, per tesi generale, che il successibile può, senza rendersi erede, piatire nell' interesse della eredità, quante volte manifesti volor agire semplicemente come *negotiorum gestor*, e in nome proprio (confr. decis. C. di Parigi 29 piovoso anno XI, Lapotonniére, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 455; 4 agosto 1825, Thomas, D., 1826, II, 224; Vazeille, art. 778, n. 3; Duranton, t. VI, n. 386; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 607; Bilhard *del Benef. d'invent.*, n. 128; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, pag. 305; Tambour, *del Benef. d' invent.*, p. 218 e 254).

Cotesta tesi sarebbe, a parer nostro, troppo assoluta; e noi avvisiamo doversi fare una distinzione:

O trattasi di un giudizio il quale per le circostanze, pel suo oggetto, per esempio, o per la urgenza e la necessità che lo impongono, dovrebbesi considerare come atto di amministrazione necessario ovvero soltanto conservatorio; ed allora ci sembra pure che il successibile vi potrebbe figurare in qualità di capace di succedere, e senza risultarne, da parte sua, alcun' accettazione: tale sarebbe, per esempio, il caso in cui convenisse instituire un' azione possessoria, o difendersi dalla medesima, o sperimentare un' azione avverso un conduttore o fittajuolo, il quale deteriorasse i beni locati, ec. (confr. art. 779 — 696, e 54 e 55 della legge del 18 luglio 1837 su la amministrazione municipale);

O per contrario il giudizio non offre alcun carattere di necessità nè di urgenza; ed in questo caso avvisiamo che il successibile non potrebbe sostenerlo senza rendersi così erede. Di fatti piatire è soggettare l'oggetto del contendere ad una specie di contratto giudiziale: è veramente un disporne sotto alcuni rapporti: or il successibile non può menomamente disporre di un oggetto ereditario, eccetto quando se ne consideri padrone.

È ben vero che taluni amministratori han qualità per piatire nell' interesse di coloro di cui amministrano i beni; ma tali amministratori han poteri molto più ampli di quelli del capace di succedere: la legge, la quale gli ha autorizzati a piatire, ha in generale determinato le condizioni del mandato medesimo (articolo 464 — 387); e per contrario il capace di succedere ha un potere di amministrazione meramente provvisorio; e ben lungi dal permettergli la legge di sostenere i giudizii relativi a' beni ereditari, ha introdotto per contrario a suo pro la eccezione dilatoria de' tre mesi e quaranta giorni (art. 797—744; agg. art. 1013 C. pr—1089).

Non pertanto si è desunto, avverso cotesta soluzione, un argomento dall'art. 800—717; e si è ragionato così:

Se il successibile, il quale sostenga un giudizio relativo ai beni ereditarii, facendo così atto di erede, dovrebbe, per tale unica circostanza, venir dichiarato erede puro e semplice, qualunque fosse il risultamento del giudizio, ed anche quando la sentenza, che lo avesse condannato, come erede puro e semplice, non avesse acquistato forza di cosa giudicata;

Or per l' opposto l'artic. 800 dichiara che egli non incorre alcuna decadenza, se la sentenza, che lo condanni in qualità di erede puro e semplice, non abbia acquistato forza di cosa giudicata.

Dunque non per l'unica circostanza di aver piatito in nome dell'eredità può divenire erede puro e semplice.

Per ischivare, dicesi, cotesto argomento, converrebbe sostenere che l'art. 800 applicasi unicamente, sia al caso in cui l' erede fosse stato condannato in contumacia, senza difesa in merito, sia al caso in cui la quistione discussa riguardasse precisamente la stessa qualità di erede ed il punto se il successibile abbia fatto un atto di accettazione: or la ge-

neralità dei termini dell'art. 800, ed eziandio la storia della sua compilazione non permettono circoscrivere l'applicazione a questi due casi.

Ben presto giugneremo alla disamina del predetto art. 800, la cui spiegazione ha fatto scorgere acerrime contese; ma ciò che possiamo, fin da ora rispondere, si è che il legislatore, a parer nostro, non ha volto il pensiero, in questo articolo, a risolvere la quistione ora in esame; e ci riserviamo di applicarlo effettivamente alle ipotesi in cui il successibile non avesse fatto un atto di erede puro e semplice, per l' unica circostanza di avere soggettato ad un contratto giudiziale, gl'interessi della eredità (confr. Chabot, art. 778, n. 13; Demante, t. III, n. 120 *bis*, 1; Mourlon, *Ripet. scritt.*, t. II, p. 114).

461.—Osserviamo innanzi che il capace di succedere, il quale assumesse, in una procura da lui conferita ad un terzo, il titolo o la qualità di erede, farebbe così una espressa accettazione, per modo che la rivocazione della procura, prima di ogni esecuzione, non potrebbe più sottrarnelo (*supra*, n. 387).

Ma che mai statuire, se il successibile non abbia assunto, nella procura, la qualità di erede?

L'unico fatto della procura da lui conferita produce forse immediatamente, da parte sua, tacita accettazione?

Tre opinioni sono sorte su tal punto :

1° A norma della prima opinione, propugnata da alcuni dei nostri antichi autori, il successibile fa atto di accettazione per l' unica circostanza di conferire facoltà a qualcuno, sia di accettare in nome suo, sia di fare un atto, che avrebbe diritto di fare nella sua qualità di erede (confr. Furgole, cap. X, sez. 1, n. 42 e 96; *Novello Denizart*, v. *Adizione di eredità*, § 12; Lacombe, *Giurispr. civ.*, v. *Atto di erede*, n. 1).

2° Una seconda moderna opinione ha distinto:

Se il successibile abbia conferito, in termini generali, il mandato di accettare, ovvi accettazione da parte sua sol quando il mandato siasi eseguito; e sino al momento di tale esecuzione può rivocarlo;

Se per contrario il successibile abbia conferito mandato di fare un atto che poteva fare nella sola qualità di proprietario, allora evvi immediatamente, da parte sua, tacita accettazione, la quale è indipendente dalla esecuzione o dalla rivocazione ulteriore del mandato (confr. arresto C. cass. 23 dicembre 1846, Bigot, Dev., 1847,1, 18; Chabot, art. 778, n. 27; Duranton, t. VI, n. 399.)

3° Da ultimo la terza opinione, che crediamo, da parte nostra, dover suggerire come la più solida, consiste nel sostenere che il mandato, qualunque siano l' oggetto, in cui il successibile non ha fatto espressa accettazione, trae seco, da parte sua, tacita accettazione sol quando siasi eseguito prima di ogni rivocazione.

La distinzione su cui poggia la precedente opinione non ci sembra di fatti ragionevole :

Dilemma :

O si consideri che la manifestazione della volontà di accettare trovasi fatta e raggiunta tostochè il successibile abbia conferito il mandato di accettare in suo nome, sia che abbia conferito mandato di fare, in nome suo, un atto di disposizione sui beni ereditarii; essendo positiva in entrambi i casi ;

O per contrario si consideri che la semplice manifestazione della volontà di accettare, emergente dal mandato, non ancora eseguito nè forse accettato, non trovasi sufficientemente caratterizzata e perfetta ; ed allora la soluzione debbe essere ancora la stessa in ambo i casi.

E precisamente questa ultima soluzione ci sembra la più giuridica; dappoichè il mandato è sempre rivocabile, e la volontà che l'abbia inspirato appartiene sempre, come semplice progetto, a chi l'abbia conferito, sino a quando non siasi eseguito, potendo la sola esecuzione stabilire obbligazioni da parte del mandante, sia verso il mandatario, sia verso i terzi (art. 1998, 2003, 2004—1870, 1875, 1876; confr. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 778, *Osserv.* 7; Bilhard, del *Benef. d'inv.* n. 119; Poujol, p. 399; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 261; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 471.)

462. — Per conoscere se il successibile abbia fatto atto di accettazione, non è da aver riguardo al valore più o meno importante o minimo dell' oggetto ereditario, di cui abbia disposto.

« *Chi prenda beni ereditarii sino al valore di cinque soldi fa atto di erede* : « dicevasi un tempo (confr. Loisel, *Inst. cons.*, lib. II, tit. V, regola 3, ediz Dupin e Laboulaye ; cons. di Parigi, art. 317, e di Orleans, articolo 336).

Tale è pure oggidì la nostra regola ; dappoichè le generali espressioni dell'art. 778

non comportano veruna distinzione di tal genere; e di fatti non avrebbesi potuto ammettere alcuna distinzione su tal punto, senza andare incontro a difficoltà di valutazione affatto arbitrarie (confr. Chabot, art. 778, n. 11; Toullier, t. II, n. 329; Zachariae, Aubry e Rau (nuova ediz.). t. V, p. 118).

463.—Laonde il capace di succedere dovrebbe sempre serbare la massima discussione e riservatezza.

Soprattutto relativamente alle biancherie e suppellettili del defunto; e taluni piccioli oggetti riguardati di tenuissimo valore, commettonsi in generale le imprudenze, da cui possono sorgere tutti gli effetti, sì rischiosi, di una pura e semplice accettazione.

Per esempio un successibile dà le cattive suppellettili della defunta ad una povera donna, figlioccia di costei: è questo un atto di accettazione, come giudicò la corte di Bourges (Decis. 23 gen. 1828, Berger, D. 1829, II, 142.)

Ovvero allo persone che abbiano curato il defunto nel corso dell'ultima sua malattia il successibile distribuisce taluni dei suoi abiti di tenue valore: similmente la corte di Limoges statuì aver fatto in tal guisa atto di erede (Decis. 19 feb. 1831, Labasche, D. 1833, II, 90; agg. decis. C. di Angers, 6 giu. 1829, Monpellier, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 493.)

Non pertanto conviene nulla esagerare; e non dovrebbesi reputare aver fatto atto di accettazione il successibile, il quale si fosse impossessato delle biancherie o altri oggetti mobili del *de cujus* per *riunirli*, come diceva Ferrières (su l'art. 317 della cons. di Parigi), val dire per deporli in determinato luogo, eziandio nella propria abitazione, come, per esempio, se fosse necessario vuotare l'appartamento abitato dal defunto a titolo di locazione, oppure se il defunto abitasse in casa di uno dei suoi successibili. Spetta al magistrato disaminare, in tali circostanze, il carattere del fatto e la intenzione del successibile (confr. decis. C. di Liono 17 lug. 1829, Marcoux, D. 1829, II, 162, di Agen 6 apr. 1816 Delatour; di Bordò 16 giu. 1839, Peytoureau, di Bourges 25 ag. 1841, Grenonilloux, di Orleans 31 mar. 1849, Vallerand, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 491; di Douai 14 mag. 1855, Boin-Baude, Dev., 1856, II, 25).

464.—Le preteste del successibile contra l'effetto di un atto certo e necessario di accettazione tornerebbero altronde inefficaci ad impedire lo effetto dell'atto medesimo.

Abbiamo osservato che tali preteste potevano tornare utili, quando trattisi di un atto il cui carattere sembri dubbio ed equivoco (*supra*, n. 390).

Ma è manifesto tal proposizione tornare inapplicabile agli atti onde il successibile disponga da padrone dei beni ereditarii: *Facta sunt potentiora verbis; multoque amplius est facere quam pronuntiare!* (Mornac su la legge 4, Cod. *de non numerat.*; confr. arresto C. cass. 13 apr. 1815, Noël, Sirey, 1815, I, 202; Pothier, *delle Success.*, cap III, sez. 1, art. 1, § 1; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 27; Duranton, t. VI, n. 388; Chabot, art, 778, n. 28; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 570; Malpel, n. 190; Poujol, n. 405).

465.—Similmente poco monta che l'atto, da cui risulta necessariamente la intenzione di accettare, sia nullo nella forma o diversamente, quanto volto la causa della nullità non sia di natura tale da annientare la stessa volontà manifestata dal successibile di essere erede; dappoichè questa manifestazione sussiste sempre, comunque l'atto, atteso il suo annullamento, non produca i suoi effetti (confr. *supra*. n. 388; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 328, nota *a*).

466. — Ben si comprende che spetta a chi, sia chiunque, creditore, legatario o coerede, pretenda avere il successibile fatto un atto di accettazione espressa o tacita, da cui emerga contro di esso la decadenza dalla facoltà di rinunziare, il somministrarne la pruova; dappoichè egli è attore ed afferma (L. 2, ff. *de probat.*; arg. dall' art. 1315—1269; Chabot, 778, n. 1.)

467. — Finalmente osserviamo che i terzi interessati, creditori, legatarii, coeredi, possono dimostrare, contro il successibile, il fatto della sua tacita accettazione, mercè tutti i generi di pruova, e conseguentemente mercè la pruova testimoniale, anche quando non si rinvenisse alcun principio di pruova scritturale.

Cotesta dottrina venne ammessa in tutti i tempi (confr. Furgole, cap. X, sez. 1, numero 124.)

E fuori dubbio con sommo fondamento; avvegnachè se è vero che la pruova testimoniale non è ammissibile quando trattisi di valor maggiore di 150 franchi (art. 1341 — 1295), è noto che la regola medesima soggiace ad eccezione quante volte sia riuscito

impossibile agli interessati il procacciarsi una pruova scritturale (art. 1348—1302): or la accettazione, sia qualunque l' atto in cui abbia avuto luogo, è sempre, come insegnava Furgole, *rispetto alle persone terze*, un fatto del quale è riuscito loro impossibile il procacciarsi la pruova scritturale (confr. Duranton, t. VI, n. 790.)

468. — È questo il subbietto della tacita accettazione; e si è potuto ravvisare che, mentre va sottoposto a determinato numero di regole positive, la influenza dei fatti vi rappresenta nondimeno una parte forse maggiore che in ogni altra materia di dritto.

« Ciò dipende, diceva Basnage, dalle circostanze particolari del fatto, ed eziandio in certa guisa dalla inclinazione e dal talento dei magistrati: la fermezza di carattere degli uni inducendoli ad una stretta e vigorosa osservanza delle regole, e gli altri lasciandosi predominare da motivi di commiserazione e di apparente equità. » Su l' art. CCXXXV della cons. di Normandia.

ARTICOLO III.

Come il successibile può venir dichiarato erede puro e semplice, quando abbia sottratto o nascosto effetti ereditari; e per incidenza, de' caratteri e degli effetti della sottrazione e dell' occultamento.

SOMMARIO.

469. — Esposizione.—Gli art. 792 ed 801 debbono a vicenda rendersi compiuti.

469 *bis.* — Gli art. 1460 e 1477, nel titolo del contratto di matrimonio, contengono disposizioni simili a quelle degli art. 792 ed 801; a tutte queste disposizioni debbono pure interpetrarsi a vicenda.

469 *ter.* — Del diritto romano e del nostro antico diritto francese circa la subbietta materia.

470. — La sottrazione o l' occultamento degli effetti ereditarii debbesi forse considerare quale atto di accettazione?

471. — Continuazione. — Potrebbesi forse applicare l' articolo 783 al successibile divenuto erede puro e semplice per effetto di tale atto?

472. — Continuazione. — Gli art. 792 ed 801 sono forse applicabili ai minori, agl'interdetti ed alle donne maritate? Rimando.

473. — I testi contemplano tre fatti: la sottrazione, l'occultamento, la omissione fraudolenta nello inventario degli effetti ereditarii. — Quali differenze esistono fra questi tre fatti?

474. — In tutti i casi la condizione necessaria per divenire applicabili gli art. 792 ed 801 è la intenzione fraudolenta dell' erede.

475. — Continuazione.

476. — Continuazione. — Non è forse necessario, per divenire applicabili gli art. 792 ed 801, che il fatto ammesso dall'erede offra un carattere criminoso, a norma delle definizioni della legge penale? — *Quid*, per esempio, se l' erede abbia ommesso di dichiarare le somme agli effetti mobili donatigli dal *de cujus* senza esenzione da collazione?

477. — *Quid*, se l' erede abbia semplicemente omesso di dichiarare un debito contratto da lui verso il defunto?

478.—*Quid*, se abbia sottratto o nascosto effetti che credeva appartenere alla eredità, ma che di fatti non ne appartenevano?

479. — Il fatto della sottrazione od occultamento debbe essere personale all' erede, val dire debba essere stato commesso da lui, o da altro individuo, dietro suoi ordini o in presenza sua e sua saputa.

480. —*Quid*, se l' erede spontaneamente restituisse alla eredità, innanzi di ogni reclamo delle parti interessate, gli effetti che dapprima aveva sottratti o nascosti?

481.—Continuazione. — Se l' erede che abbia commesso la sottrazione o l' occultamento sia morto, il suo erede o legatario può forse, restituendo alla eredità l' oggetto sottrattone dal suo autore, schivare l' applicazione degli art. 792 ed 801?

482.— Spetta a chi pretenda aver l' erede commesso la sottrazione o l' occultamento il somministrare la pruova.

483. In simil caso quali pruove sono ammissibili?

484. — Quali effetti sono suscettivi di sottrazione od occultamento?

485.— *Quid*, Se la sottrazione o il nascondimento sia anteriore all' apertura della successione?

486. — Continuazione.

486 *bis.*— *Quid*, se il successibile col consenso del *de cujus* si avesse appropriato taluni effetti innanzi dall'apertura della successione?

487. — *Quid*, se la sottrazione o l'occultamento sia posteriore alla rinunzia dell' erede?

488. — Continuazione.

489. — Continuazione.

490.— È uopo forse distinguere se la sottrazione o l' occultamento siasi commesso prima o dopo l' inventario?

491.— Gli art. 792 ed 801 stabiliscono una duplice pena:

492. —A. L'erede, convenuto della sottrazione o dell' occultamento, rimane di necessità erede puro e semplice. — Ma non può egli spesso invocare tal decadenza.

493. — Continuazione.

494. — Continuazione.

495. — *Quid*, qualora, fra' terzi interessati, alcuni dimandassero che la rinunzia fatta dal delinquente venisse dichiarata nulla, mentre gli altri dimandassero che venisse mantenuta?

496. — B. L'erede delinquente rimane privo di ogni porzione negli oggetti sottratti o nascosti. — Motivi.

497. — Questa privazione debba forse venire inflitta all'erede delinquente, quando abbia accettato la eredità?

498. — Questa specie di pena è suscettiva di applicazione nel solo caso in cui l'erede delinquente abbia coeredi.

499. — La privazione di ogni parte negli oggetti sottratti o nascosti applicasi forse ai soli diritti che il delinquente aveva negli oggetti medesimi in qualità di erede?

500. — L'erede delinquente, privo della sua porzione negli oggetti sottratti o nascosti, debbe forse sopportare le

sua quota nei debiti, come se traesse vantaggio dagli oggetti medesimi?

501. — In qual modo debbesi fare la restituzione degli oggetti sottratti o nascosti?

502 — L'azione di restituzione degli oggetti sottratti o nascosti si può forse esercitare contro gli eredi o successori dell'erede delinquente? — Qual è la durata di tale azione?

503. — A quali successori si applicano gli art. 792 ed 801?

504. — Continuazione.

505. — Continuazione. — *Quid* relativamente ai minori, agli interdetti ed alle donne maritate? — Rimando.

469. — Dobbiamo pure intrattenerci intorno ad un fatto, per effetto del quale il successibile può venir dichiarato erede puro e semplice; intendiamo parlare della *sottrazione* o dell' *occultamento* degli effetti ereditarii.

Cotesta ipotesi trovasi contemplata con due articoli del tenor seguente:

Articolo 792—709: « Gli eredi che avessero sottratti o nascosti effetti spettanti ad « una eredità decadono dalla facoltà di ri« nunziarvi. Restano eredi puri e semplici « non ostante la loro rinunzia, senza che « possano pretendere alcuna parte negli effet« ti sottratti o nascosti. »

Articolo 801—718: « L' erede che è col« pevole di avere occultato, o di avere scien« temente e con mala fede, omesso di descri« vere nell' inventario alcuni effetti apparte« nenti all' credità, è decaduto dal beneficio « dell' inventario. »

Rinviamo questi due articoli i quali, ad onta di talune differenze nelle espressioni, formano effettivamente una sola è medesima disposizione. Se l' art. 801 parla del solo *occultamento*, la ragione si è che intende pure dinotare col vocabolo medesimo la *sottrazione* (*infra*, n. 473); e se non dichiara che l'erede verrà privato di ogni parte negli effetti sottratti o nascosti, la ragion si è che, collocato nella sezione del benefizio dello inventario, s' intrattiene unicamente intorno ai rapporti dell' erede beneficiato coi creditori, o forse anche per la ragione di avere in mira la ipotesi di un erede unico. Ma i due articoli debbono compiersi l' uno per mezzo dell' altro.

469 *bis*. — È noto quanto tornerebbero spesso agevoli le sottrazioni degli effetti ereditarî, soprattutto nei primi momenti di dolore o di disordine che seguono l' avvenimento che faccia aprire la successione in assenza spessissimo degli interessati, sopra una massa di beni di cui possono ignorare gli elementi. Ecco perchè il legislatore ha creduto dover reprimere con energiche sanzioni, ad obbietto di ovviarvi per quanto più fosse possibile, tali specie di frodi, le quali possono sì gravemente ferire i dritti dei terzi, sia dei coeredi o degli eredi di grado susseguente, sia dei creditori della eredità o dei legatarii.

Conseguentemente ha statuito:

Da un lato, che l'erede il quale avesse commesso un atto di sottrazione o di occultamento, reputerebbesi erede puro e semplice;

D' altro lato, che cotesto erede non potrebbe pretendere di partecipare agli oggetti da lui sottratti o nascosti.

Gli art. 1460 e 1477—1425 stabiliscono eziandio questa duplice pena avverso le sottrazioni o gli occultamenti, i quali, sciolta la comunione conjugale, potrebbero commettersi su gli effetti di tale comunione dai conjugi o dai loro eredi; e, sotto questo punto di veduta, scorgesi fra tale ultimo subbietto ed il nostro, somma analogia; per modo che gli articoli 792 ed 801—709 e 718 da un lato, e d' altro lato gli art. 1460 e 1477 debbono parimente interpetrarsi gli uni per mezzo degli altri.

469 *ter*. — Le leggi romane punivano altresì l' erede il quale avesse sottratto effetti ereditarii, *si aliquid ex haereditate amoverit*.

Ma facevano all' obbietto una importante distinzione fra gli *eredi suoi* e gli *eredi estranei*.

In tal caso i primi erano privi del benefizio di astenersi; e conseguentemente rimanevano ciò che erano in conformità del diritto civile, val dire eredi necessarii (L. 71, § 4, ff. *de adquir. vel omitt. haered*).

Per contrario i secondi, gli *haeredes extranei*, non essendo eredi e non potendo divenirlo eccetto mercè l'adizione, non addivenivano tali per un fatto di sottrazione; avvegnachè l' adizione poteva emergere dalla sola manifestazione della loro volontà di essere eredi; or la sottrazione, ben lungi dal supporre cotesta volontà, precisamente implicava una volontà opposta: *nam admissum contrariam voluntatem declarat* (L. 21, *princ.* ff. *eod*); e conseguentemente rimanevan pure ciò che erano, val dire estranei alla eredità, salvo la azione *furti*.

Tal differenza, poggiata su la diversa qualità degli eredi in Roma (*de haeredum qualitate et differentia*), non poteva sussistere

nella nostra antica giurisprudenza, in cui non erasi ammessa, fra gli credi, veruna distinzione di questo genere. E per l'opposto il principio del possesso legale doveva far applicare a tutti gli eredi la decadenza che i romani giureconsulti applicavano ai soli eredi suoi: quindi ogni erede, il quale avesse commesso una sottrazione o un occultamento, trovavasi di fatto, nel nostro antico diritto, decaduto dalla facoltà di rinunziare, come un tempo l'erede suo in Roma trovavasi decaduto dalla facoltà di astenersi (confr. Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 60; Merlin, *Rep.*, v. *Occultamento*, n. 1).

470. — Dalla circostanza che trattiamo in questo luogo, *della sottrazione o dell' occultamento* non è da desumere considerarsi da noi constituire un atto di tacita accettazione; e la pruova si è aver noi creduto dovercene occupare in una parte speciale del nostro lavoro, distinta da quella da noi destinata alla tacita accettazione (*supra*, n. 413 e seguente).

Dunque ammettiamo che la qualità di erede puro e semplice venga, in tal caso, attribuita al successibile, non in forza di un atto dimostrante da parte sua la volontà di essere erede, ma indipendentemente dalla volontà sua, e talvolta eziandio ad onta della opposta volontà, di cui l'atto medesimo constituisce la pruova; per modo che il successibile trovasi allora erede suo malgrado; alla qual circostanza è pure da riflettere come una seconda eccezione alla regola che chi non vuole non è crede (*supra*, n. 348).

Non pertanto è da osservare che la sottrazione o l'occultamento non esclude di per sè necessariamente la intenzione di accettare: quindi potrebbesi commettere da uno dei coeredi, eziandio dopo la sua accettazione pura e semplice, per profittare di altrettanto in detrimento dei suoi coeredi (*infra*, n. 497), ovvero dall' erede beneficiato, anche quando fosse unico erede, per rapire ai creditori o ai legatarii una porzione del loro pegno.

L'unico caso in cui la sottrazione o l'occultamento escluda la volontà di accettare è dunque quello in cui l'erede, essendo solo nel proprio grado, rinunziasse alla eredità.

471. — Checchè ne sia, opiniamo che la sottrazione o l'occultamento constituisca un atto di accettazione.

E di fatti non converrebbe considerarlo tale nè applicargliene tutte le conseguenze.

Laonde il successibile, il quale fosse stato dichiarato erede puro e semplice, per avere sottratto o nascosto effetti ereditarii, non potrebbe invocare l'art. 783—700, nè pretendere la restituzione per veruna causa di lesione; dappoichè l'art 783 venne scritto a pro dell' erede, il quale può onestamente invocare l'errore per effetto di cui ha fatto un' accettazione pura e semplice; e chi sia divenuto tale per effetto di un reato, non potrebbe sostenere che commettendo il reato medesimo non ebbe lo intendimento di vincolarsi oltre determinati confini (arg. dagli articoli 1150 e 1151—1404 e 1405; confr. Demante, t. II, n. 113 *bis*).

472. — Non pertanto abbiamo pure osservato che la specie di forzata accettazione che ne discende ritraeva effettivamente essa medesima origine dal fatto personale del successibile, dalla sua immistione nei beni ereditarii (confr. Glandaz, *Enciclop. del diritto* v. *Comunione conjugale*, n. 309). Il legislatore ha considerato che tale atto del successibile constituendo una disposizione dei beni ereditarii, diveniva consentaneo alla giustizia ed alla morale poterglisi opporre da tutti gl' interessati quale atto di accettazione; dappoichè il successibile non potrebbe addurre aver commesso un atto disonesto; indubitatamente per punirlo la legge il rinchiude nel proprio reato senza mezzo di svincolarsene; ma la qualità di erede puro e semplice impressagli reputasi provenire dalla volontà sua, nel senso che la legge il colloca nella posizione che esso medesimo avrebbe potuto assumere, se fosse stato leale ed onesto.

E questo è il motivo per cui abbiamo divisato non essere cotesta disposizione applicabile ai minori nè agl' interdetti (*supra*, numero 336).

473. — I testi in disamina si applicano:

1° Alla *sottrazione* degli effetti ereditarii;

2° All' *occultamento*;

3° Alla *omissione* fatta *scientemente e di mala fede nello inventario degli effetti ereditarii* (agg. art. 943, 8° comma C. pr. — 1049).

La sottrazione è il tor via e deviare un effetto ereditario.

L'occultamento è l'azione di nascondere e dissimulare un oggetto sottratto (confr. Demante, t. III, n. 113 *bis*, 1; Pont e Rodiere, del *Contr. di matrim.*, t. 1, n. 804).

Non pertanto non ci pare essersi mai stabilita fra questi due vocaboli una differenza molto rilevante.

Laonde i Romani dinotavano col vocabolo generico *amovere* tutti i fatti fraudolenti di questo genere :

« *Amovisse eum accipimus, qui quid celaverit, aut interverterit, aut consumpserit....* » (L. 71, § 6, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*)

I nostri antichi autori francesi sembran pure avere adoperato pressappoco come sinonimi i vocaboli *sottrazione* ed *occultamento.*

« Denominasi *occultamento*, dichiaravasi nella *Raccolta* di Denizart, la *sottrazione* dei beni ed effetti ereditarii commessa da eredi.» (T. IV, v. *Occultamento*, n. 2).

E similmente il *Repertorio di giurisprudenza* definiva *l' occultamento* : « l' azione onde vengono *sottratti* o *nascosti* gli effetti ereditarii. » (Merlin, *Rep.*, v. *Occultamento*, n. 1).

È lecito divisare che gli autori del nostro Codice neppure abbiano stabilito una differenza sommamente significante fra' vocaboli (*sottrazione* ed *occultamento*; e la pruova se ne rinviene nell' art. 801, il quale sembra, come già avvertimmo, comprendere la *sottrazione* sotto la denominazione di *occultamento*; dappoichè ad evidenza la sua disposizione è applicabile ad ambedue (*supra*, n. 469).

Relativamente alla omissione fraudolenta nello inventario di un effetto ereditario, l'art. 801 parrebbe risguardarla come fatto distinto dalla sottrazione e dall'occultamento ; epperò, si è sostenuto, che la decadenza dal benefizio dello inventario verrebbe incorsa dall' erede, il quale avesse omesso di far distendere inventario degli oggetti ereditarii, *comunque non gli avesse sottratti nè nascosti, per esempio, se trattisi di oggetti esistenti presso un depositario* (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 614).

Ma forse tale fraudolenta dissimulazione non constituirebbe un vero *occultamento* nel senso speciale che a questo vocabolo debbesi qui attribuire ? Rispetto a noi, avvisiamo così, ed essersi potuto, dopo aver fatto menzione dell' *occultamento*, astenersi dal far menzione di tale fraudolenta omissione (confr. Marcadé, art. 804).

474. — Del resto, in tutto i casi, indispensabile condizione per l' applicazione degli articoli 792 ed 801 è la fraudolenta intenzione dell' erede.

Di fatti tali disposizioni assumono, sotto alcuni rapporti, un carattere di penalità: or la legge punisce e poteva punire soltanto la slealtà e la mala fede.

Dunque non vi sarebbe luogo ad applicare gli articoli in esame in caso d' ignoranza o semplice errore, *qui in re erravit, dum putat non esse haereditariam*, nè in caso di dimenticanza o negligenza, nè in caso di mancamento o trascuraggine, per quanto grave potesse sembrare questa, qualora altronde andasse scevra da frode, *non callido animo nec maligno*, diceva Ulpiano (l. 71, § 8, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*; confr. arresto C. cass. 11 maggio 1825, Savoye, Sirey, 1826, I, 54; 16 genn. 1832, Bouté, Dev., 1832, I, 270; 21 febb. 1837, Lamé-Flenry, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 628; decis. C. di Besanzone 29 aprile 1856, Dubost, *G.* del F., t. II del 1857, p. 780; Pothier *della Comunione*, num. 688; Troplong, *del Contratto di matrim.*, t. III, n. 1566 ; Poujol, art. 801, num. 1).

475. — Nulladimeno osserviamo che se l'erede non debbe incorrere la decadenza formata con gli articoli in esame, quando unicamente per errore o negligenza non abbia fatto comprendere nello inventario taluni effetti ereditarii, andrebbe poscia soggetto alle decadenze medesime, se rimanesse silenzioso, per appropriarseli quando li scopra dopo lo inventario, come se, per esempio, raggiungesse di poi la pruova di un deposito fatto dal defunto presso un terzo. Di fatti non basta che il successibile sia stato di buona fede per un determinato tempo: debbe esserlo, dice fondatamente Chabot, durante tutto il tempo in cui trovavasi incaricato degli affari della eredità (art. 801, n. 3—718).

476. — Abbiamo avvertito esser necessario per soggiacere il successibile all' applicazione degli articoli 792 ed 801, che il fatto da lui commesso provenga da mala fede e da frode.

Ma non debbesi forse richiedere di più ? e non è forse necessario che il fatto medesimo offra un carattere criminoso, in conformità della legge penale, val dire constituisca, sia un furto propriamente detto (art. 379 C. p.), sia una complicità di furto per occultamento? (art. 62 e 400 C. pen.—75).

La corte di cassazione parrebbe avere così statuito con arresto del 13 nov. 1855 :

» Atteso che l' art. 792 ha per obbietto di antivenire, col punirle, le sottrazioni che gli eredi potrebbero commettere degli effetti della eredità, sottrazioni le quali, sia riguardo agli altri eredi, sia riguardo a' creditori del defun-

to, costituiscono veri furti: che il vocabolo *occultamento*, adoperato nel predetto articolo, è correlativo al vocabolo *sottrazione*, e può dinotare, come dinotava sotto lo impero dell'antico diritto, la sola azione di nascondere gli effetti sottratti o nascosti...»(Crescent, D. 1855, 1, 433; agg. arresto C. cass. 6 nov. 1855, Viel, D, 1855, 1, 434).

E Dalloz di fatti desume dal su riferito arresto la conseguenza che la sottrazione o l'occultamento è un reato ordinario, il quale debbe andar compreso nelle definizioni della legge penale: non pertanto lo annotatore dello arresto soggiugne che indubitatamente la Corte di cassazione non ha inteso circoscrivere l'applicazione degli art. 792 ed 801 al caso di furto propriamente detto, e che conviene restituire qui il vocabolo *furto* l'ampia significazione attribuitagli dalla legge romana, e comprendervi i diversi casi di abuso di confidenza repressi dalla legge penale, come i reati di abuso di mandato, di deposito, ec. (Dalloz, *loc. supra cit.*, note 1-2; agg. Ducaurroy. Bonuier e Roustaing, t. II, n. 602).

Malegevolmente ammetteremmo tal dottrina:

Primieramente non ci pare dimostrato che la Corte di cassazione abbia voluto statuire, per tesi generale, che sia mestieri che il fatto ascritto all'erede, per andare sottoposto all'applicazione degli art. 792 ed 801, offra i caratteri di un reato qualificato in conformità de' dettami del Codice penale: molto dubitiamo dell'essere giuridica simigliante tesi: per contrario ci sembra che i fatti di sottrazione od occultamento debbansi valutare, nella subbietta materia, non in conformità delle definizioni rigorose del Codice penale, ma in modo più ampio, ed avuto riguardo allo scopo essenziale del legislatore, il quale ad evidenza ha mirato al colpire ogni atto di mala fede onde l'erede volesse procacciarsi su gli *effetti ereditarii* un illecito vantaggio in detrimento de' suoi coeredi o de'creditori.

La quistione da risolvere, nella specie al su riferito arresto, si era se si dovesse considerare come sottrazione o occultamento, in conformità degli art. 792 ed 801, la mancanza dell'erede di dichiarare le somme o gli effetti mobili donatigli tra vivi dal *de cujus* senza esenzione dalla collazione.

La Corte di cassazione statuì che tal mancanza di dichiarazione non costituiva occultamento; e tal dottrina ci pare effettivamente unisona al testo della legge.

Gli art. 792 ed 801 applicansi alla sottrazione o all'occultamento *degli effetti ereditarii*, val dire degli effetti che trovansi nella eredità e che lo appartengono nel momento stesso in cui si apre la successione: or le somme o gli effetti mobili donati tra vivi al successibile dal *de cujus*, non sono *effetti ereditarii* nel senso che offre qui tale espressione: dunque non sono suscettivi delle specie di sottrazione od occultamento, che gli art. 792 ed 801 hanno semplicemente contemplata. A dir vero tali donazioni possono dar luogo, sia alla collazione, la quale ha luogo anche, pei mobili, col prenderne di meno (art. 868 — 787), sia ad un'aziono di riduzione; ma la corte di Rennes fece con buon fondamento osservare che « la pena inflitta dall'art. 792 all'erede il quale sottragga o nasconda, in detrimento dei suoi coeredi, effetti ereditarii, non può divenire, per arbitraria estensione, la sanzione delle disposizioni legali determinanti le riserve e le quote disponibili. » (Decis. 1. mag. 1854, Viel, D., 1855, 1, 13).

Dunque non è necessario, per giustificare tal dottrina, pretendere che la sottrazione o l'occultamento, cui si applicano gli art. 792 ed 801, debba constituire un vero furto.

477.—Si è dimandato pure se le espressioni adoperate negli art. 792 ed 801 sieno generiche abbastanza da comprendere eziandio il caso in cui l'erede avesse semplicemente omesso di dichiarare un debito contratto da lui verso il defunto.

Forse, si è risposto, sarebbe rigoroso giugnere sino a quel segno (confr. Tamboor, *del Benefizio dello inventario*, p. 232).

Ma non pertanto, da un lato, i debiti attivi van compresi tra gli effetti ereditarii; e, d'altro lato, forse la fraudolenta dissimulazione di un debito (a prescindere anche dalla sottrazione dei titoli, e quando non siavi, per esempio, alcun titolo) non constituisce il fatto di omissione direttamente contemplato con l'art. 801? Di fatti è noto esservi negl'inventarii una parte precisamente destinata ai crediti della eredità (art. 943, 7. comm. C. pr.—1049); o, in ragione, nella equità, per qual motivo il successibile, il quale avesse scientemente e di mala fede, dissimulato il suo debito personale o altro debito a carico di un terzo, per defraudarne la eredità, non debbe soggiacere all'applicazione degli art. 792 ed 801? (Confr. art. 518, 586, n. 6, e 591 C. com.—510, 580 e 585; decis. C. di Colmar 6 apr. 1813. N..., D., *Rac.alfab.*, v.

Contr. di matr. n. 2207; di Parigi 27 giu. 1846, Postole, Dev., 1846, II, 389; arresto C. cass. 3 mag. 1048, stesse parti, Dev., 1049, I, 363).

478.—Forse, a cagion di esempio, non converrebbe pure applicare gli art. 792 ed 801 all'erede, il quale avesse sottratto o nascosto, effetti che credeva appartenere alla eredità, ma i quali di fatti non dipendevano da essa, ed appartenevano ad un terzo o allo stesso erede ?

Indubitatamente puossi obbiettare che questo fatto non va retto dal disposto della legge, la quale applicasi soltanto alla sottrazione o all'occultamento degli effetti ereditarii, e specialmente che, se l'effetto appropriatosi dall'erede fosse suo, non ha potuto rubare la propria cosa.

Ma non pertanto abbiamo osservato che se il successibile disponga da padrone di un effetto che creda appartenere alla eredità, fa atto di erede puro e semplice, ancorchè l'effetto medesimo non appartenga effettivamente alla eredità (*supra*, n. 409); or può mai ammettersi che chi abbia esercitato un atto disonesto ed illecito sopra un effetto, che credeva, comunque falsamente, dipendere dalla eredità, trovisi in miglior condizione che se l'atto da lui commesso fosse lecito ed onesto ? e non puossi forse considerarlo aver fatto almeno un atto di accettazione ? altronde la sua intenzione, sotto il punto di veduta speciale in cui il legislatore si è collocato, non è forse indubitata del pari in ambi i casi ? (Confr. Marcadé, art. 801; Tambour, p. 222).

479.—Trattandosi qui di un fatto di frodo e di mala fede, è manifesto che il fatto medesimo debba essere personale al successibile, cui pretendesi infliggerne la pena: quindi, per esempio, la sottrazione o l'occultamento commesso dal marito della donna successibile, non potrebbesi imputare a costei, nè viceversa (decis. C. di Agen 6 gen. 1851, Murat, D. 1851, II, 52; Tambour, p. 233).

Ma altronde converrebbe al certo considerare come personali al successibile non solo le sottrazioni o gli occultamenti da lui medesimo commessi, ma eziandio quelli commessi da altre persone, dai suoi parenti, dai suoi domestici, ec., dietro ordine suo, ovvero semplicemente in sua preferenza e saputa e senza opposizione da parte sua, *sive ipse amovit*, diceva Ulpiano, *sive amovendum curaverit* (L. 71, § 5, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*, art. 943, 8. comm. C. pr — 1019 ; confr. decis. C. di Brusselles 22 apr. 1847, Carpendier, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.* n. 2202-2203).

480. Vigente il nostro antico diritto era un punto di dottrina generalmente ammesso che l' erede non dovesse incorrere le decadenze attribuite alla sottrazione o all' occultamento, quando innanzi di ogni reclamo delle parti interessate, restituisse esso medesimo spontaneamente alla credità gli effetti da prima sottratti o nascosti ; e la medesima dottrina veniva applicata al conjuge superstite relativamente agl' effetti della comunione (confr. Pothier, *della Com.*, n. 661; Lebrun, lib. III, cap. II, sez. II, dist. II, n. 36; Merlin, *Rep.*, v. Occultamento, n. 3).

Cotesta dottrina non potrebbesi forse oppugnare vigente il nostro attuale diritto ; e non dovrebbesi forse ragionare nel seguente modo:

Commessa la sottrazione o l' occultamento, ne conseguitano, in conformità del testo medesimo della legge, a pro dei terzi, taluni diritti, di cui non lice ad alcuno privarli, trovandosi da essi acquistati tali diritti;

Or, da un lato, gli art. 792 ed 801—709 e 718 applicano all' erede tali decadenze, da cui discendono, a pro dei terzi, taluni diritti, quando abbia sottratto o nascosto effetti ereditarii; e d' altro lato si suppone essersi dimostrato avere il successibile debitamente commesso ed effettuato un fatto di sottrazione od occultamento;

Dunque le decadenze sonosi incorse da lui; e nessun testo di legge permette rilevarnelo dietro suo pentimento: quindi, per diritto penale, la restituzione, anche più spontanea, dell' oggetto furato non osta all' essersi stato furto punibile (confr. Glondaz, *Enciclop. del diritto*, v. *Com. conjug.*, n. 357).

Nulladimeno ci parrebbe più prudente attenersi ancora oggidì agli antichi principii.

In primo luogo tutto sembra dinotare che i compilatori del Codice, i quali scrissero due articoli brevissimi per tal fatto di sottrazione od occultamento, hanno inteso rimettersi alle anteriori tradizioni intorno ai suoi caratteri ed alle sue conseguenze per quanto non vi derogassero.

In secondo luogo avvisiamo che colesto temperamento del nostro antico diritto possa effettivamente giustificarsi mercè gravissime considerazioni. Da un lato non conviene, come dicemmo, applicare qui le definizioni rigorose del diritto penale; il fatto che la leg-

ge vuul punire, per impedirlo, è quello che alla per fine abbia per risultamento di privare la eredità degli effetti sottratti o nascosti; e quindi, nello intendimento della legge, interpetrata secondo lo scopo propostosi, la sottrazione o l'occultamento non rinviensi effettuato, non trovasi diffinitivamento consumato, fino a quando la privaziune medesima non si avveri: d'altro lato il temperamento medesimo, o se vogliasi, cotesta indulgenza giova a tutti; dappoichè in vece di soggettare inesorabilmente il successibile ad una colpa che un momento di aberrazione gli avesse fatto commettere e che di poi può deplorare, schiude per contrario la via al pentimento ed alla riparazione.

Ma è necessariu che tal riparazione sia pienamente spontanea; e dovrebbesi considerare priva di questa spontaneità non solo la restituzione fatta dal successibile dietro un procedimento o un reclamo, ma eziandio la restituzioue fatta da lui quando avesse saputo essersi la sua frode scoverta o conosciuta dalle parti interessate (confr. arresti C. cass. 10 dic 1835, Gémond, D., *Rac. alfab.*, v. *Contr. di matr.* n. 2219; 3 mag. 1848, Postole, Dev., 1849, 1, 363; decis. C. di Agen 6 gennajo 1851, Murat, D. 1851, II, 52; Punt e Rodiere, t. 1, n. 842; Troplong, del *Contr. di matr.*, n. 1569 e 1695).

481. — Ma se l'erede, il quale abbia commesso la sottrazione o l'occultamento sia morto, l'erede suo o il suo legatario può forse, restituendo alla eredità l'oggetto che lo stesso erede avevane sottratto, schivare la applicazione degli articoli 792 ed 801?

Questo punto può sembrare più dubbio (confr. decis. C. di Parigi 27 giugno 1846, Postole, Dev., 1846, II, 389).

Nulladimeno opineremmo che l'erede o il legatario dell'erede trapassato non dovrebbe allera incorrere le decadenze stabilite con gli articoli in esame: dappoichè, restituendo gli effetti alla eredità, la sottrazione o l'occultameuto non troverebbesi effettuato pienamente (confr. *supra*, n. 480. decis. C. di Parigi 5 ag. 1839, Bosquain, Dev., 1840, II, 49; arresto C. cass. 3 mag. 1848; Postole, Dev., 1849, II, 363; Troplong, *loc. supra cit.*).

482. — Precisamente sopra coloro i quali pretendono, avverso il successibile, aver commesso sottrazione od occultameuto debbe ricadere il peso della pruova; dappoichè la regola si è che spetta a chi afferma un fatto il provarlo (art. 1315 — 1269; l. 2, ff. *de probat*), ed inoltre la frode non si presume (articolo 1116 e 2268—1070 e 2174).

Altronde è questa una mera quistione di fatto; e la pruova della intenzione fraudolenta sarà più o meno malagevole, avuto riguardo alle circostanze, secondochè, per esempio, si tratterà di un maggiore o minor numero di oggetti sottratti, ovvero gli oggetti fossero più o meno considerevoli, più o meno evidenti, di uso più o meno quotidiano, come se, dice Pothier, tornasse sommamente inverosimile, atteso il loro volume ed il luogo che occupavano, essersi tralasciati per dimenticanza (Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 48: confr. decis. C. di Caen. 6 nov. 1827, Jennet; di Lione 28 dic. 1838, Maillet, D., *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 632-633; Merlin, *Rep.* v. *Occultamento*, n. 2).

483. — Ben si comprende altresì che tal pruova può farsi per testimoni e presunzioni, anche quando si trattasse di valor maggiore di centocinquanta franchi; avvegnachè trattasi di un fatto, e viemaggiormente di una frode, di cui i terzi interessati non han potuto procacciarsi una pruova scritturale (confr. *supra*, n. 467; art. 1348, 1353—1302, 1307; arresti C. cass. 6 mag. 1818, Mamart, D., *Rac. alfab.*, v. *Contr. di matr.*, numero 2215; 4 dicembre 1844, Melot, D. 1845, I, 44).

Ma sarebbe andare troppo oltre il voler ammettere la pruova per pubblica fama, pruova eccezionale ammessibile soltanto in taluni casi determinati dalla legge (confr. decis. C. di Bordò 2 giugno 1841, Faure, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 638; di Liegi 12 genn. 1844, de Blochausen, D. *eod.* v. *Contr. di matrim.*, 2216).

484. — La espressione *effetti appartenenti alla eredità*, adoperata negli art. 792 ed 801 è generica, ed applicasi a tutti gli oggetti i quali di lor natura sieno suscettivi di sottrazione od occultamento.

È ben vero che i mobili corporali formano per lo più obbietto delle sottrazioni di tal genere.

Ma esse possono parimente commettersi e commettonsi troppo spesso rispetto ai titoli di credito; e conviene altresì comprendere negli articoli in esame la sottrazione dei titoli di proprietà immobiliare (confr. decis. C. di Bordò 5 genn. 1826, Estanave; arresto C. cass. 12 ag. 1828, stesse parti; decis. C. di Bordò 18 genn. 1838, Pouyadon-Latour; di

Orleans 23 ag. 1844, Lacoste, D., *Rac. alf.*, v. *Contratto di matrimonio*, n. 2196, e v. *Success.*, n. 627).

Relativamente agl' immobili, non potrebbero formare l'obbietto di una fraudolenta sottrazione (confr. Inst. *de usucap.*, § 7; articolo 379 C. pen.); e comunque i vocaboli *sottrazione* o *occultamento* appalesino nella subbietta materia una idea più ampia di quella del semplice *furto*, nullandimeno pare sommamente verosimile che i compilatori del Codice abbiano mirato negli art. 792 ed 801 alle sole sottrazioni di effetti mobili; tanto più che cotesto pericolo, immensamente da temere pe' mobili, lo è al certo molto meno per gli immobili! Non pertanto potrebbe avvenire che un erede dissimulasse la esistenza di un immobile, di cui il *de cujus* era proprietario forse senza titolo, e che eragli stato da lui conceduto per locazione verbale o diversamente; e tale fraudolenta dissimulazione parrebbe, secondo lo scopo della legge, dover essere similmente colpita; ma dubitiamo esser tale estensione unisona al testo della legge ed allo intendimento dei suoi autori (confr. decis. C. di Besanzone 29 apr. 1856, Dubost, *G. del F.*, tom. II del 1857, p. 780; D., *Rac. alfab.*, *loc supra cit.*)

Altronde ciò che è indubitato si è che gli artic. 792 ed 801 sarebbero applicabili alla sottrazione de' mobili, i quali fossero immobili per destinazione, ovvero porzioni separate di un immobili di sua natura, le quali si trovassero mobilizzate pel fatto stesso di questa separazione (confr. D., *Rac. alfab.*, v. *Complicità*, n. 205).

485.—La formola degli art. 792 ed 801—709 e 718 ad evidenza suppone: Da un lato che la sottrazione o l'occultamento sia posteriore all' apertura della successione, dappoichè trattano degli *eredi* e degli effetti *ereditarii*;

E d' altro lato, che la sottrazione o l'occultamento sia anteriore alla rinunzia; dappoichè dichiarano che l' erede *decade* dalla facoltà di rinunziare (la qual cosa suppone averla ancora), e *resta* erede puro e semplice (la qual cosa suppone non aver cessato di esserlo).

Ma di qui discendono due quistioni.

Di fatti che mai è forza statuire:

A. Se la sottrazione o l' occultamento sia anteriore all' apertura della successione?

B. Se sia posteriore alla rinunzia dell' erede?

486.—A. Circa la prima quistione, sembra primieramente doversi affermare che la sottrazione o l' occultamento, seguito innanzi della morte del *de cujus*, non essendosi potuto commettere da un *erede*, nè sopra un *effetto ereditario*, non essendovi ancora credità nè erede, puossi considerare qual furto ordinario (confr. decis. C. di Riom 13 feb. 1844, II, 633).

Ma non pertanto tal dottrina sarebbe troppo assoluta; ed è nel tempo stesso unisono allo intendimento della legge ed alla ragione il distinguere:

Se di fatti la sottrazione o l' occultamento, comunque anteriore alla morte del *de cujus*, sinsi commesso dal futuro successibile atteso la prossima apertura della soccessione, durante l'ultima malattia del *de cujus*, per esempio, e con lo scopo di spogliare non il suo autore, ma la sola eredità, tal fatto soggiace, se non direttamente al disposto dalla legge, almeno con massima certezza vi compreso nella ipotesi che essa volle prevedere; e conseguentemente gli art. 792 ed 801 saranno applicabili (confr. decis. C. di Parigi 14 genn. 1831, Garat, Dev., 1831, II, 210; aresto C. cass. 10 dic. 1835, Deschamps, Dev., 1836, I, 327; decis. C. di Riom 10 aprile 1851, Amblard, D. 1851, II, 196; Potbier, *della Com.*, n. 688; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 792, *Osserv.* 1; Fonet de Conflans, art. 792, n. 1; Chardon, *Del dolo e della frode*, t. II, art. 386; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 159 (nuova ediz.); Massé e Vergé l. II, p. 317; Troplong, *del Contratto di matrim.*, t. III, n. 1562).

486 *bis.* — Si è giunto per sino ad insegnare che il successibile dovesse soggiacere all'applicazione degli art. 792 ed 801, anche quando col consenso del *de cujus* avesse toccato alcuni effetti, prima dell' apertura della successione, *se il consenso medesimo*, si è detto, *si fosse dato per collusione e con lo scopo di spogliare gli altri eredi o i creditori* (confr. *G. del F.*, t. II, del 1857, p. 780, note 1 e 2 su la decisione della corte di Besanzone del 29 aprile 1856).

Possiamo primamente osservare che in fatto la pruova di tal consenso da parte del *de cujus* tornerebbe per lo più sommamente malagevole a sommioistrare; ma, ammettendo che il fatto venisse così comprovato o riconosciuto, non avviseremmo, in quanto a noi, divenir gli art. 792 ed 801 allora applicabili:

L'autore della eredità, quando attribuiva taluni effetti al suo futuro erede, non commetteva *sottrazione* nè *occultamento!* disponeva della propria cosa! È ben vero che tal disposizione poteva avere un carattere fraudolento, sia rispetto agli eredi riservatarii, sia rispetto ai creditori; ma il presuntivo erede era addivenuto immediatamente proprietario degli effetti come lo stesso autore avevaglieli trasmessi innanzi di morire; e quindi non potrebbesi considerare menomamente aver commesso una sottrazione o un occultamento degli effetti ereditarii. Dunque avvisiamo che in simil caso vi sarebbe luogo contro di lui ad azione di riduzione da parte degli eredi riservatarii (art. 920 e seg.—837), o ad azione rivocatoria o paoliana da parte dei creditori (art. 1167 — 1120 ; confr. *supra*, n. 476).

487.—B. Relativamente alla sottrazione ed occultamento commesso dal successibile posteriormente alla sua rinunzia, veniva risguardato qual furto per diritto romano e per nostra antica giurisprudenza (confr. t. 71, § ult. ff. *de adquir. vel omitt. haered.*; Domat, *Leggi civ.*, lib. III, sez. 4, n. 12; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 60; Delaurière sopra Loisel, lib. II, tit. 1, regola 3; agg. Pothier, *delle Success.*, cap. III, art. 1, § 1).

Cotesta dottrina è pure incontrastabile oggidì, nel caso in cui la sottrazione siasi commessa dal successibile non solo dopo la sua rinunzia, ma eziandio dopo l' accettazione della eredità fatta da altri eredi; dappoichè gli effetti ereditarii, cui esso medesimo aveva cessato di aver diritto con la sua rinunzia, erano inoltre addivenuti allora proprietà degli eredi, che avevano accettato : simile sottrazione od occultamento è dunque effettivamente la sottrazione fraudolenta della cosa altrui, val dire un vero furto.

488.—Non pertanto, eziandio in tale ipotesi, non converrebbe forse ammettere che gli art. 792 ed 801 sarebbero applicabili, se si ravvisasse fra la sottrazione o la rinunzia un legame ed una connessità tali da rimaner dimostrato che la stessa rinunzia è stata un mezzo adoperato dal successibile per sottrarre o nascondere più impunemente ?

Così insegnava un tempo d'Argentrè : *si facta in fraudem renutatio probaretur ut res haereditariae interveterentur* (articolo 415, glossa 3); e tal era indubitatamente altresì il senso dell'art. 164 della consuetudine di Artois, la quale dichiarava la vedova in comunione, sia che ella avesse nascosto prima, sia che avesse nascosto dopo la sua rinunzia (confr. Argon, lib. III, cap.IV; Lonet, lettera F, n. 5 e lettera R, n. 1).

Il dotto annotatore di Toullier « stenta a credere, egli dice, che questa giurisprudenza debbasi seguitare sotto l'impero del Codice; » ed insegna che la sottrazione o l'occultamento commesso dal rinunziante, dopo la sua rinunzia e l'accettazione degli altri eredi, costituisce sempre una sottrazione fraudolenta della cosa altrui (Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 350, nota 1).

Per contrario, in quanto a noi, inchineremmo a divisare che l'antica giurisprudenza era, su tal punto, unisona alla veracità del fatto ed ai principii, e che dovrebbesi tuttora osservare. Indubitatamente, quando non esista alcun legame, alcuna relazione fra la rinunzia e la sottrazione o l' occultamento posteriore, non si potrebbero di fatti l'uno all'altro rannodare; ma se per contrario venga dimostrato che la rinunzia e la sottrazione o l' occultamento sieno i due elementi della stessa frode, ci sembra logico ed equo che si possa risguardare non avvenuta, contro il rinunziante, cotesta fraudolenta rinunzia, la quale è stata, da parte sua, un mezzo di sottrarre o nascondere con maggior sicurezza (confr. Toullier, t. II, n. 350; Troplong, *del Contratto di matrimonio*, t.III, n. 1563; D., *Rac.alfab.*, v. *Contratto di matrimonio*, n. 2210).

489. — Ora che mai è da statuire, quando il successibile abbia commesso la sottrazione o l' occultamento, dopo la sua rinunzia, ma prima dell'accettazione della eredità fatta dagli altri eredi ?

Potendo allora il successibile recedere da la sua rinunzia e rendersi erede puro e semplice mercè accettazione, in conformità dell'articolo 790, non debbesene forse inferire essere ancora applicabili gli art. 792 ed 801 ?

Procardica ci sembra tal quistione.

Per sostenere che, eziandio in questo caso, la sottrazione posteriore alla rinunzia debbasi considerare qual furto, puossi così ragionare :

Il successibile può venir dichiarato erede puro e semplice in forza dell' una o dell' altra di queste due cause, cioè sia in forza dell' art. 792, per effetto di una decadenza penale, sia in forza degli articoli 778 e 790 — 695 e 707, per effetto della sua volontà di accettare :

Or nè l'una nè l'altra di tali cause potrebbesi qui invocare:

Da un lato l'art. 692 suppone una sottrazione anteriore alla rinunzia; ed esso stabilisce di fatti non una nullità di rinunzia, sì bene la decadenza della facoltà di rinunziare;

D'altro lato gli art. 778 e 790 richieggono, per esservi accettazione, un fatto che supponga necessariamente, da parte del successibile, la intenzione di accettare: or la sottrazione o l'occultamento non suppone tale intenzione; non è mai e non potrebbe mai essere un atto di *accettazione*;

Dunque il rinunziante non può essere, in simil caso, dichiarato erede puro e semplice; dappoichè non va sottoposto a' dettami degli art. 792 ed 801, nè degli art. 778 e 790: dunque *gli stessi interessati non potrebbero venire ammessi a far dichiarare allora essere il rinunziante erede puro e semplice:* così conchiudono Ducaurroy, Bonnier e Roustaing (t. II, num. 603; agg. Demante, t. III, n. 113 *bis*, V).

Non pertanto avvisiamo potersi rispondere:

È manifesto che lo stesso rinunziante non possa pretendere che, con l'atto colpevole da lui commesso, abbia ritrattato la sua rinunzia, ed abbia così, per esempio, ostato all'accettazione degli altri eredi (*infra*, n. 492).

Ma ciò che ci pare altresì dimostrato si è che i terzi interessati, creditori, coeredi o altri, non possono pretendere contro di lui essersi renduto erede puro e semplice, ad onta della sua anteriore rinunzia; sottraendo od occultando gli effetti ereditarii.

Di fatti abbiamo avvertito che, a parer nostro, gli art. 792 ed 801 poggiavano principalmente su la idea che il successibile, colpevole di sottrazione od occultamento, nulla poteva onestamente rispondere, quando considerava si contro di lui come atto leale e lecito l'atto sleale ed illecito da lui commesso; *nemo enim auditur propriam turpitudinem allegans* (*supra*, n. 471-472);

Or il successibile avrebbe potuto fare onestamente, dopo aver rinunziato, un atto di accettazione;

Dunque puossi considerare contro di lui, come atto di accettazione, la sottrazione o l'occultamento da lui commesso; anzi il vero si è che la intenzione di rubare neppure allora trovasi forse pienamente nè perfettamente qualificata (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Occultamento*, n. 2; Favard, *Rep.*, v. *Rinunzia*, § I, n. 18; Chabot, artic. 792, n. 3, e Bolost-Jolimont; *Osserv.* 1; Duranton, t. VI, n. 482, 483; Malpel, n. 331; Poujol, art. 792, num. 2; Marcadé, art. 792; Taulier, t. III, pag. 250; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V, pag. 174 (nuova ediz.); Massé e Verge, t. II, pag. 317.)

Cotesta soluzione dovrebbesi adottare, anche quando alla eredità, rinunziata dall'erede, si fosse destinato un curatore quale eredità giacente (confr. decis. Cor. di Caen, 2ª cam., 27 mag. 1851; Denis La Chapelle.)

490. — Altronde non vi è luogo a distinguere se la sottrazione o l'occultamento siasi commesso prima o dopo formato lo inventario.

Non pertanto la corte di Parigi giudicò che la moglie in comunione la quale, dopo lo inventario, abbia sottratto oggetti inventariati nello intendimento di appropriarseli esclusivamente, non debbesi considerare aver sottratto beni in comunione (Decis. 5 nevoso anno XIII, Godefroi, Sirey, 1807, II, 836).

Ma non crediamo ben fondata cotesta dottrina; avvegnachè, anche ammettendo che l'art. 801 potesse far sorgere, su tal punto, alcuni dubbii, le assolute espressioni adoperate nell'art. 792 basterebbero a rimuoverli; ed in ragione, i motivi che si potrebbero invocare in sostegno di tal distinzione non sarebbero menomamente decisivi (confr. Pont e Rodiere, *del Contr. di matrim.*, t. II n. 841, Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 496).

491. — In conformità dei due articoli in esame che è mestieri, come osservammo (numero 469), compiere l'uno per mezzo dell'altro, l'erede colpevole di sottrazione od occultamento soggiace ad una duplice pena.

A. Rimane erede puro e semplice, non ostante ogni rinunzia o accettazione col beneficio dello inventario.

B. Non può pretendere di partecipare agli oggetti sottratti o nascosti;

492. — A. E primieramente, diciamo, rimane necessariamente erede puro e semplice.

Ma nulladimeno ben si comprende che esso medesimo non può invocare tal decadenza, qualunque interesse potesse avervi; dappoichè non potrebbe formarsi un titolo del proprio reato; e trattasi qui di una disposizion penale stabilita contro di lui, ed al certo menomamente a suo pro! Dunque non potrebbe egli medesimo, per tal motivo, far disparire la propria rinunzia, ad obbietto d'impugnare dappoi l'accettazione fatta in conse-

genza da altri (confr. Toullier, t. II, n. 350; Duranton, t. VI, n. 484: Chabot, art. 792, n. 1; Malpel, n. 331; Poujol, art. 792, n. 1 Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 602; Demante, t. III, n. 113 *bis*, XI).

493. — Per lo stesso motivo abbiamo eziandio osservato che l'erede colpevole di sottrazione od occultamento non potrebbe invocare le cause di rescissione, che l'articolo 783—700 permette invocare avverso l'accettazione pura e semplice (*supra*, n. 471).

494. — Ma similmente, in senso inverso, la disposizione che lo dichiara erede puro e semplice può invocarsi contro di lui da ogni parte interessata, sia dai creditori o dai legatarii, sia dai coeredi, o dagli eredi di grado susseguente, i quali si pentissero di avere accettato.

In somma i terzi interessati possono, a propria scelta, considerare l'erede colpevole, sia come rinunziante, sia come accettante (*supra*, n. 489).

495. — Che mai dovrebbesi statuire se, frai terzi, gli uni dimandassero che la rinunzia fatta dal delinquente venisse dichiarata nulla, mentre gli altri dimandassero che venisse dichiarata valida?

I creditori, per esempio, o i legatarii invocano l'art. 792, e conchiudono che l'erede delinquente, ad onta della sua rinunzia, venga dichiarato erede puro e semplice.

Ma per contrario i coeredi o gli eredi di grado susseguente, volendo conservare la eredità, invocano la rinunzia fatta.

Primieramente ci sembra indubitato che non potrebbesi considerare simultaneamente accettante per gli uni e rinunziante per gli altri (*supra*, n. 309); e crediamo che converrebbe, in simigliante caso, trionfare la pretensione di coloro i quali dimandassero riguardarsi la rinunzia non avvenuta, dappoichè è questa la disposizione medesima della legge da essi invocata! salvo però agli altri eredi il soddisfare essi medesimi i creditori (confr. Chabot, art. 792, n. 2).

496. — B. Il legislatore ha voluto altresì, privando il delinquente di ogni porzione negli effetti da lui sottratti o nascosti, punirlo la dove aveva delinquito: il successibile aveva voluto privare gli altri della porzione che dovevano conseguire in tali effetti: viene egli! privato della porzione che doveva conseguirvi: è questa la giusta applicazione della pena del taglione, di cui potrebbesi rinvenire la origine nel diritto romano (l. 6, ff. *de his quae ut indig.*) e che la nostra antica giurisprudenza aveva pure fermata (conf. Lebrun, lib III, cap. VIII, sez. II, n. 60).

Puossi aggiugnere essersi tal riparazione considerata dal legislatore « come un equo risarcimento dovuto alle parti interessate non solo avuto riguardo al danno materialmente sofferto, ma eziandio al rischio corso di non iscoprire l'occultamento, ed agl'impacci ed alle spese che trae seco l'azione giudiziale per ottenerlo. » (Rapporto del consigliere Faure in occasione dell'arresto della Corte di cassazione del 4 dicembre 1844, Mélat, Dev. 1845, I, 191).

Osserviamo di passaggio che la sottrazione, benchè possa costituire un vero furto, non era nel nostro antico diritto punibile criminalmente, atteso indubitatamente la circostanza essere il delinquente condomino degli effetti da lui sottratti (confr. Jousse, *Trattato della giustizia criminale*, part. IV, tit. LVII, n. 64, Merlin, *Rep.* v. *Occultamento*, numero 1).

È questo pure il nostro novello dritto, almeno quando la sottrazione o l'occultamento siasi commesso da discendenti in detrimento de' loro parenti, e viceversa (confr. art. 380 C. pen. — 456; arresto C. cass. 22 feb. 1831, Villehrun, D., 1831, 1, 109; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 602; Demante, t. III, n. 113 *bis*, V).

497. — Tal privazione di ogni parte negli oggetti sottratti o nascosti deve altronde venire inflitta all'erede, sia che abbia rinunziato, sia che abbia volontariamente accettato prima o dopo il reato da lui commesso

È vero potersi obbiettare che l'artic. 792 trovasi collocato nella sezione risguardante la rinunzia, e che gli stessi termini di tale articolo suppongono essersi rinunziato dagli eredi delinquenti; dichiarando il testo *non ostante la loro rinunzia.*

Ma primieramente l'art. 801 suppone che l'erede delinquente aveva potuto accettare, almeno col beneficio dell'inventario; ed abbiamo ravvisato andare allora pur sottoposto alla privazione della sua parte negli oggetti sottratti o nascosti (*supra*, n. 469). Dunque fa mestieri affermare altrettanto circa l'erede stesso che avesse accettato puramente e semplicemente; sia perchè la ipotesi in cui l'erede avesse rinunziato dopo il suo reato trovasi qui preveduta come la più ordinaria, ma non per escludere la ipotesi in cui avesse accettato; sia perchè, in tutt' i casi, evvi luo-

go effettivamente, da parte dell' erede delinquente, ad una eguale riparazione (confr. arresto C. cass. 22 febb. 1831, Villebrun, D. 1831, 1, 109; Chabot, art. 784, n. 7; Toullier, t. II, n. 350; Vazeille, art. 792, n. 2; Fouet de Conflans, art. 792, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 175; Massé e Vergé, t. II, p. 317.)

498. — Altronde è manifesto che questa specie di pena è suscettiva di applicazione sol quando l' erede, colpevole della sottrazione o dell' occultamento, abbia coeredi; e tanto precisamente suppone l' art. 792, senza poter pretendere alcuna *parte*, come esso dichiara.

Di fatti, quando sia unico erede, a chi si potrebbero attribuire gli effetti da lui sottratti o nascosti?

Forse ai creditori? ma non hanno alcun titolo alla proprietà dei beni ereditarii; e basta ad essi che il successibile venga dichiarato erede puro e semplice.

Forse ai parenti di grado susseguente? ma dilemma: o questi parenti medesimi divengono eredi, qualora la rinunzia dell' erede colpevole venisse contro di lui mantenuta; ed allora hanno dritto alla intera eredità, per effetto della rinunzia medesima, e menomamente per effetto della penalità speciale intorno a cui c' intratteniamo; ovvero per contrario cotesti parenti di grado susseguente non divengono eredi, sia perchè la rinunzia non venga dichiarata nulla, sia perchè l' erede delinquente non abbia rinunziato; ed allora è manifesto non avere alcun titolo alla proprietà dei beni sottratti o nascosti. Laonde il testo in esame dichiara che lo stesso erede rimane erede puro e semplice, privo inoltre della sua porzione negli oggetti sottratti o nascosti (confr. Marcadé, art. 792; Taulier, t. III, p. 350; Demante, t. III, n. 113 *bis*, III; Mazerat sopra Chabot, artic. 701, num. 4, nota 1).

499. — La privazione di ogni parte negli oggetti sottratti o nascosti, stabilita con l' articolo 792 avverso l' erede delinquente, applicasi forse ai soli dritti che aveva agli oggetti medesimi nella sua qualità di erede?

Ovvero applicasi forse eziandio agli altri dritti in forza di cui potrebbe ancora avervi pretensione, in qualità, per esempio, di legatario o donatario del *de cujus*?

Tal quistione è, a parer nostro, sommamente delicata.

Possonsi invocare gravi argomenti per sostenere che la decadenza in disamina comprende il solo dritto che il successibile aveva su gli oggetti sottratti o nascosti in qualità di erede:

1° Le disposizioni penali non debbono mai estendersi, nè in materia civile, nè in materia criminale;

Or, da un lato, è manifesto che l' art. 792 stabilisce una vera pena civile; e d' altro lato il luogo in cui trovasi l' articolo medesimo, nel titolo *delle Successioni*, ed i suoi termini stessi i quali riferisconsi unicamente *agli eredi ed agli effetti ereditarii*, dimostrano che il legislatore ha avuto effettivamente in mira i soli dritti ereditarii medesimi;

Dunque l'erede può venir privato dei suoi diritti ereditarii su gli oggetti da lui sottratti o nascosti; dunque conserva io tutti i diritti che poteva avervi in forza di una liberalità tra vivi o testamentaria del *de cujus*.

2° Non giugnerebbesi sino a sostenere trovarsi decaduto da un diritto a lui proprio, anteriore all'apertura della successione, da un diritto, per esempio, che gli sarebbe appartenuto a prescindere da ogni liberalità da parte del defunto, su gli oggetti sottratti o nascosti: or, per qual ragione diversamente avverrebbe di un diritto emergente da un testamento e massime da una donazione? (Conf. il t. I, di questo trattato, n. 299; decis. C. di Colmar 9 mag. 1823, Nusser, Sirey, 1823, II, 351; di Poitiers 30 nov. 1830, Martin, D. 1832, II, 69; Bourjon, t. I, p. 601; Poujol, p. 153-154; Fouet de Conflans, art. 792, n. 5).

Non pertanto è prevalsa la opposta soluzione; e di fatti avvisiamo potersi sufficientemente giustificare:

1° Primieramente è oltremodo verosimile che il Codice, le cui disposizioni intorno a questo subbietto sono brevissime, abbia inteso ritenere le tradizioni del nostro antico diritto.

Or era un tempo un punto indubitato che la privazione emergente dall' occultamento comprendeva i diritti che l'occultatore poteva avere, eziandio come legatario o donatario su gli oggetti *occultati*: questa dottrina era particolarmente assodata circa gli occultamenti degli effetti della comunione praticati dal conjuge superstite o dagli eredi del premorto (confr. Pothier, *della Com.*, n. 690; Brodeau sopra Louet, lettera R, com. 48.)

2° Laonde i termini dell'art. 792 son generali ed assoluti; e quando dichiara che l'erede

delinquente non potrà pretendere *alcuna parte* negli oggetti sottratti o nascosti, non comportano veruna distinzione fra' diversi titoli lucrativi, in forza di cui l'erede volesse parteciparvi.

3° Puossi aggiungere altresì, con la corte di Bordò (*infra*), « che vi sarebbe troppa sottigliezza in questa distinzione; che le due qualità confondendosi nella persona convinta di occultamento, la decadenza debbe riguardare la totalità de' valori sottratti. » Difatti è uopo che la decadenza medesima stabilita dalla legge sia efficace; o per contrario potrebbe trovarsi spessissimo elusa ed inefficace, se l'erede potesse evitarla, invocando un'altra causa lucrativa di acquisto circa gli oggetti da lui sottratti: altronde forse non si è dovuto *a fortiori* privarlo del diritto a lui proveniente dalla liberalità del suo autore, quando venga privato del proprio diritto ereditario! (Confr. arr. C. cass. 5 apr. 1832, Gémond.D. 1832, 1, 160; decis. C. di Riom, 6 ag. 1840. Soulhat, Dev. 1840, II, 387; di Bourges 10 feb. 1840, Poisle Ducoury; e di Bordò 16 giug. 1840, Hucher, Dev., 1840, II, 501 e 502; arr. C. cass. 1 dic. 1841, Grattereau, Dev., 1841, 1, 801; decis. C. di Parigi 24 giugno 1843, II..., Dev., 1843, II, 331; arresto C. cass. 4 dic. 1844, Mélot, Dev., 1845, 1, 191; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 174; Massè e Vergé, t. II, p. 318; Troplong *del Contr. di matrim.*, t. III, n. 1692.)

500. — Si è insegnato che l'erede, privo della sua parte negli oggetti da lui sottratti o nascosti, non debba rimaner sottoposto a' debiti come se traesse vantaggio dagli effetti medesimi.

La legge, dicesi, si circoscriva a privar l'erede colpevole *della sua parte* negli oggetti sottratti o nascosti: or tal parte era la sua salvo l'obbligo di pagare i debiti proporzionatamente: dunque la parte sua, così ridotta per contributo a' debiti, debbe trasmettersi agli altri eredi: nè più nè meno! (Confr. Pont e Rodière, *del Contr. di matrim*, t. I, n. 842, P. Gilbert, Cod. annotato, art. 1477, n. 9; Odier, *del Contr. di matrim.*, t. I, n. 511; Troplong, t. III, n. 1693; D. *Rac. alfab.* v. *Contr. di matrim.*, n. 2437).

Avvisiamo tal dottrina non essere unisona al testo della legge, nè a' principî generali del diritto, nè a' principî particolari di cotesto speciale subbietto:

1° La legge primieramente, nel testo dell'art. 792, dichiarando che l'erede delinquente non potrà partecipare agli oggetti sottratti o nascosti, non lo esonera menomamente dalla sua proporzionale contribuzione nei debiti.

2° In conformità de' principî generali i debiti sono un peso della universalità, e non di ciascuno de' beni individualmente; *aes alienum est onus universi patrimonii*, *non certarum rerum* (*ved.* il tomo I di questo Trattato, n. 8):

Or, da un lato, in proporzione della lor chiamata ereditaria, *per modum universitatis*, gli eredi contribuiscono a' debiti (art. 870, 873, 1220+791, 794, 1173); e d'altro lato la lor chiamata ereditaria non è menomamente modificata dal fatto della sottrazione o dell'occultamento; dappoichè in forza di un prelevamento anteparte, o veramente a titolo particolare, gli oggetti sottratti o nascosti vengono attribuiti agli altri eredi;

Dunque le regole risguardanti i debiti non debbono esserne menomamente modificate.

3° Da ultimo, diciamo, cotesta soluzione è unisona a' principî di cotesto speciale subbietto.

Ciò che il legislatore ha voluto qui effettivamente si è che la sottrazione o l'occultamento commesso dall'erede producesse contro di lui, nello interesse de' suoi coeredi, le stesse conseguenze che l'erede medesimo volesse fargli produrre avverso i suoi coeredi, nel proprio interesse;

Or la sottrazione o l'occultamento, se non fosse stato scoperto avrebbe privato di tutti gli oggetti sottratti o nascosti la massa, che sarebbe stata divisa, attivamente e passivamente, come se tali oggetti non fossero esistiti; ed è manifesto che gli altri eredi sarebbero stati sempre tenuti della lor quota proporzionale de' debiti, comunque non avessero conseguito alcuno degli oggetti sottratti;

Dunque tali effetti non deggiono comprendere nella massa divisibile, attivamente e passivamente; dunque l'erede delinquente è sempre tenuto di pagare la sua quota proporzionale de' debiti.

E tale argomento risponde pure ad altra obbiezione messa in campo: se si rinvenissero, dicesi, nella eredità i soli effetti sottratti, l'erede delinquente il quale nulla avesse nell'attivo, sarebbe dunque nulladimeno tenuto del passivo! — Eh! ma forse i suoi coeredi, i quali avessero accettato, non sarebbero stati tenuti dal passivo su' proprî beni, se non si fosse scoperta la frode del loro coerede spo-

gliatore! (Confr. decis. C. di Bordò 20 feb. 1841, Geneste, Dev. 1844, II, 327.)

501. — La restituzione degli oggetti sottratti o nascosti sembra in generale doversi fare nella forma ordinaria delle collazioni alla eredità (art. 830+749; confr. decis. C. di Riom, 7 lug. 1821. Raynard, D. *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 649; arresto C. cass. 10 dic. 1835, Gémond, Dev. 1836, I, 327. Troplong, *del Contr. di matrim.*, t. III, n. 1677.)

Ma cotesta soluzione suppone non avere avuto ancor luogo la divisione; e di fatti non sarebbe applicabile, se dopo la divisione seguita e mantenuta uno degli eredi fosse stato condannato a restituire a'suoi coeredi oggetti da lui sottratti o nascosti: allora i suoi coeredi avrebbero contro di lui un'azione personale o un'azione di rivendicazione, secondo le circostanze, ed avuto riguardo alla natura dell'oggetto sottratto (confr. decis. C. di Agen, 22 dic. 1846, Casse, Dev. 1847, II, 204).

502. — Cotesta privazione di ogni parte negli oggetti sottratti o nascosti, stabilita con l'art. 792 avverso l'erede il quale abbia commesso la sottrazione o l'occultamento, comunque al certo penale sotto alcuni rapporti, nulladimeno constituisce una pena meramente civile, la quale ha per obbietto la riparazione non di un vero reato, ma semplicemente di un fatto nocevole.

Di qui conseguita:

1° Che tale azione può esercitarsi non solo avverso lo stesso erede spogliatore, ma eziandio avverso i suoi eredi e successori (confr. *supra*, n. 481; arresto C. cass. 4 dic. 1844, Mélot, Dev. 1845, I, 191):

2° Che essa non va sottoposta alla prescrizione triennale, come le azioni emergenti da reato (confr. decis. C. di Parigi 24 giugno 1843, N..., Dev. 1843, II, 331; arresto C. cass. 16 apr. 1851, Lesneveu, D. 1851, I, 128; decis. C. di Angers 10 dic. 1851 Cloreunec, Dev. 1851, II, 678; Pont o Rodière, *del Contr. di matrim.*, t. I, n. 813; Troplong, *cod.* t. III, n. 1698-1699).

503. — Gli art. 792 ed 801—709 e 718, come noi gli abbiamo esposti, applicansi ad evidenza a tutti gli *eredi*, interpetrando qui tal vocabolo nel suo ampio significato, val dire a tutti coloro i quali succedono *in universum jus defuncti*, o conseguentemente a' successori irregolari del pari che agli eredi legittimi, ed a' legatari universali o a titolo universale, ed eziandio a' donatari di beni futuri (confr. il t. I, n. 80; arresto C. cass. 16 genn. 1834, Pinçon, D. *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 640: Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 347).

504. — Vi si debbono comprendere altresì gli eredi dell'erede trapassato dopo l'apertura della successione, a cui i beni ereditari sarebbero giunti come dicesi, per trasmissione (arg. dall'art. 1460 — 1425; confr. art. 784, 782—698, 699; e *supra*, n. 312 e seg.)

Se non che, ove la sottrazione o l'occultamento si fosse commesso da uno o più di essi le decadenze rannodatevi dalla legge non dovrebbero colpire gli altri, i quali non vi avessero partecipato; e quelli soli, i quali fossero gli autori o complici della sottrazione o dell'occultamento dovrebbero andarvi sottoposti (confr. Duranton, t. XIV, n. 480; D. *Rac. alfab.*, v. *Contr. di matrim.*, n. 2225).

505. — Relativamente a' minori ed agl'interdetti, abbiamo già affermato esser mestieri, a parer nostro, distinguere;

Non possono divenire eredi puri e semplici, eziandio in conseguenza di un fatto di sottrazione o di occultamento.

Ma nulla ci sembra ostare al venir privati della loro porzione negli effetti da essi sottratti o nascosti, quando verrà dimostrato avere agito con discernimento e mala fede (confr. *supra*, n. 472; decis. C. di Bordò 2 dic. 1840, Tissandier, Dev. 1841, II. 215; Duranton, t. VI, n. 480; Chabot, art. 801, n. 4; Vazeille, art. 792, n. 2; Malpel, n. 331; Poujol, p. 454).

§ II.

Quali sieno gli effetti dell'accettazione pura e semplice.

SOMMARIO.

516.—Vice versa, per regola generale, l' erede succede in tutte le obbligazioni passive del defunto.
517.—Continuazione.—Egli ne è tenuto al pari dello stesso defunto, nè piu nè meno.—Conseguenze.
518 —Continuazione.
519.—C. Delle obbligazioni dell'erede puro e semplice verso i legatari.
520.—Continuazione.
521.—Continuazione.—Qual è mai l'ampiezza dell'obbligazione dell' erede puro e semplice verso i legatari? In altri termini è forse tenuto verso di essi *ultra vires*?
522.—Continuazione
523.—Continuazione.—*Quid*, se l'erede puro e semplice sia un riservatario?
524 —Altronde generalmente si è di accordo, che ammettendo esser l'erede puro e semplice tenuto de'legati soltanto *intra vires hæreditatis*, almeno ne è tenuto, entro questo limite, su' suoi beni particolari.
525.—Gli effetti dell'accettazione pura e semplice hanno luogo rispetto a ciascuno degli eredi per la sua quota ereditaria.

506. — Il dimandare quali sieno gli effetti dell'accettazinno pura e semplice, val dire quali sieno i diritti e le obbligazioni che ne emergono, è, in altri termini, dimandare quali sieno i diritti e le obbligazioni derivanti dalla stessa qualità di erede.

Di fatti abbiamo dimostrato che, vigente il diritto francese, e massime sotto l' impero del Codice Napoleone, la qualità di erede si acquista, a prescindere da ogni accettazione, da coloro cui la legge deferisce la eredità, per modo che l' accettazione nulla aggiugne ai diritti loro nè alle loro obbligazioni, e realmente ha l' unico effetto di privarli della facoltà di rinunziare.

Ed è questo il motivo per cui abbiamo eziandio osservato tornare sommamente malagevole il conciliare con la generale teorica del nostro codice l'art. 777—694, il quale dispone:

« L'effetto dell'accettazione si retrotrae al « giorno in cui si è aperta la successione. »

La disposizione del quale articolo contraddice sì gravemente quella dell'art. 785—702, a norma di cui per l' opposto:

« L'erede che rinuncia è *considerato* come « se non fosse mai stato erede. » (Confr. il tomo I, n. 434-435; e *supra*, n. 264 e 315.)

507. — Il vero si è che la stessa legge supremamente determina i diritti e le obbligazioni di coloro che essa dichiara eredi (art. 724, 813, 873, ec.—645, 762, 794.)

Essa indubitatamente conferisce loro la facoltà, sia di rendere tali diritti e tali obbligazioni irrevocabili accettando, sia di annientarle, per effetto di una specie di condizione risolutiva, rinunziando.

Ma, quando accettino, effettivamente dalla legge procedono sempre con la loro qualità di erede, i diritti e le obbligazioni che la stessa legge vi rannoda lor conferendola.

Dunque, rispetto a voi, non ammettiamo pienamente la dottrina a norma di cui:

« L' adizione pura e semplice di eredità constituisce un quasi - contratto, per effetto di cui l' erede si obbliga personalmente e su tutti i suoi beni, ec... » (Confr. decis. C. di Caen, 10 genn. 1842, Binet, Dev., 1842, II, 209; *infra*, n. 517).

Indubitatamente spesso dicesi che, per potere validamente accettare una eredità, bisogna esser capace di obbligarsi; ed a ragione dicesi così; dappoichè la stessa legge richiede tal condizione di capacità (art. 776—693).

Ma dall'essere necessario aver la capacità di obbligarsi per rimanere irrevocabilmente sottoposto alle obbligazioni che la legge impone all' erede puro e semplice non conseguita tali obbligazioni procedere dalla medesima accettazione.

Almeno è uopo distinguere i debiti, da un lato, ed i legati o altri pesi ereditari d' altro lato.

Rispetto a'debiti ereditari, l'erede vi è tenuto qual rappresentante del suo autore, nè più nè meno; e la pura e semplice accettazione da lui fatta della eredità non racchiude da parte sua alcun obbligo novello qualsivoglia verso i creditori ereditari.

Per contrario, relativamente a' legati ed agli altri pesi ereditari, siccome non sono stati mai dovuti dallo stesso defunto, ed allora l' obbligo trae origine dalla stessa persona dell' erede, puossi affermare, con alquanta verità, trovarvisi costui obbligato per effetto di un quasi-contratto risultante dalla sua accettazione; e quindi di fatti il romano diritto dichiarava l'erede obbligato, *quasi ex contractu*, per effetto della sua adizione, ma unicamente verso i legatarii ... », *legatorum nomine* (*Inst.* lib. III, tit. XXVII, § 5: confr. pure Vinnio, *Inst.*, lib. II, tit. XX: Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, n. 113; e *delle Donaz.*, *testam.*, cap. V, sez. II, § 2).

Puossi dunque ammettere cotesta distinzione fra' debiti ed i legati o altri pesi ereditarii, circa il principio della obbligazione in cui trovasi l'erede puro e semplice di soddisfarli (confr. art. 1370, 1374—1321, 1325).

E forse ancora sarebbe più semplice ed evidente il dichiarare che in tutti i casi, i diritti e le obbligazioni dell' erede puro e sem-

plice procedono dalla stessa legge, e la sua accettazione, la quale non li crea, gli ha soltanto renduti irrevocabili.

Si ravviserà non esser questa una controversia meramente scolastica, e cotesta teorica poter produrre per contrario, in pratica, conseguenze oltremodo importanti (*infra*, n. 547).

508. — Lo indubitato si è che tutti gli effetti attribuiti alla qualità di erede puro e semplice, facciansi derivare dalla legge o dall'accettazione, principiano dal giorno stesso dell'apertura della successione, *jam tunc* a morte, (art. 777—694; l. 54, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*, l. 193, ff. *de regul. juris*).

Da questo giorno l'erede è divenuto il rappresentante ed il continuatore del defunto; è stato proprietario ed eziandio possessore di quanto il *de cujus* era proprietario e possessore; creditore di quanto andava creditore; debitore di quanto andava debitore.

Conseguentemente da tal giorno la prescrizione sarà decorsa attivamente o passivamente, da parte della stessa persona dell'erede; per modo che il debitore dell'eredità o il possessore di un oggetto ereditario potrebbe opporre la prescrizione, se l'erede di età maggiore, il primo chiamato, l'avesse accettata, mentre nol potrebbe, qualora, per effetto della rinunzia di questo erede, la eredità si fosse accettata da un erede minore o interdetto (art. 777, 2252+694, 2158; confr. Duranton. t. VI, n. 443; *ved.* il tom. I, n. 133-137).

509. — Non è questo il luogo di esporre i diritti e le obbligazioni dell'erede puro e semplice: tal subbietto verrà trattato nel luogo assegnatogli dal Codice (art. 845, 843, 873 ec.—734, 762, 794.)

Dunque ci limiteremo qui ad accennare semplicemente la sua posizione:

A. Verso i suoi coeredi;

B. Verso i terzi creditori o debitori della eredità;

C. Verso i legatarii.

510. — A. Verso i coeredi l'erede, il quale abbia accettato puramente e semplicemente, ha diritti ed obbligazioni di grave importanza. Quindi può dimandare la divisione o esser chiamato alla medesima; può dimandare la collazione ed andarvi egli stesso sottoposto, ec. (art. 815, 843 cc.; confr. arresto C. cass. 22 genn. 1817, Giovanni Gast, Sirey, 1817, I, 370; Fouet de Conflans, su l'art. 783).

Non pertanto osserviamo che tali diritti ed obbligazioni non riguardano il solo erede puro e semplice, ed applicansi del pari all'erede beneficiato.

511. — È pure, diceva Pothier, un effetto dell'accettazione della eredità chi abbia accettata reputarsi succedere, sin da questo momento, non solo nella parte cui era chiamato dal lato suo, ma eziandio nelle altre parti, le quali aumentano conseguentemente mercè le rinunzie de'suoi coeredi (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 1, § 5.)

La chiamata dell'erede è sempre di fatti, anche quando ve ne siano più, collettiva, e per così dire solidale; dappoichè abbiamo osservato che la eredità non puossi accettare nè rinunziare in parte (*supra* n. 359).

Di qui nacque la seguente regola fermata da Pothier, e che l'art. 786—703 riproduce così:

« La parte di quello che rinuncia si accresce a' suoi coeredi... »

E pongasi mente che il testo in esame non distingue se l'accettazione di uno degli eredi abbia avuto luogo prima o dopo la rinunzia degli altri (ved. il tomo III, n. 43 e seg.)

512 — B. Relativamente agli effetti della qualità di erede puro e semplice verso i terzi, debitori o creditori della eredità, trovansi tutti racchiusi nella seguente regola fondamentale della subbietta materia, essere l'erede puro e semplice il rappresentante o piuttosto la continuazione della persona del defunto: *haeres sustinet personam defuncti*; regola antica e che tutti gli odierni testi han confermato (confr. Lebrun, lib. II, l'intero cap. VIII intitolato; *Se l'erede succeda in tutti i diritti ed in tutte le obbligazioni del defunto*; Pothier, *delle Success.*, cap. V, art. 3, § 1; art. 724—645, arg. *a contrario* dall'art. 802—749, art. 873 e seg., 1220—794, 1173).

Val dire non doversi distinguere i beni particolari dell'erede da' beni ereditarii: *haereditas adita jam non est haereditas, sed patrimonium haeredis;*

Del pari che non vi è luogo a distinguere i creditori particolari dell'erede da' creditori ereditarii.

In avvenire evvi un solo patrimonio, quello cioè dell'erede;

Evvi una sola massa di creditori, quelli cioè dell'erede.

È questa la regola, salvo taluni mezzi, ovvero, se vogliasi così, taluni rimedii, dalla legge offerti contro gli effetti di tal confusione delle cose e delle persone:

Sia all'erede, mercè lo stabilimento del

benefizio dello inventario (articolo 802); Sia a' creditori della eredità mercè lo stabilimento della separazione de' patrimonii (art. 878+798).

513. — La conseguenza ne è di necessità la estinzione, mercè confusione o consolidazione, di tutti i diritti, attivi o passivi, i quali potevano esistere, prima dell'apertura della successione, sia personalmente fra l'erede ed il suo autore, come se fossero creditori o debitori l'uno dell'altro, sia realmente fra' beni dell' erede ed i beni del defunto, come se gli uni fossero gravati a pro degli altri di usufrutti, servitù o ipoteche (confr. art. 617, 637, 705, 1209, 1300, 2035 — 512, 559, 626, 1162, 1254, 1907).

514. — Laonde per effetto dello stesso principio l' erede puro e semplice non può evincere i terzi, cui il suo autore avesse venduto un oggetto a lui pertinente.

Di qui il celebre assioma: *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

« L'erede, dice Lebrun, non può contravvenire a' fatti ed alle promesse del defunto; dappoichè, dovendoli garentire agli altri, non può egli medesimo impugnarli. » (Lib. IV, cap. II, sez. III, n. 23; confr. l, XIV, Cod. *de Rei vindic.*; l. 1, § 1, ff. *de except. rei vendit. et tradit.*; Pothier, *della Vendita*, n. 168.)

515 — L'erede, diciamo succede in tutti i diritti ed in tutte le obbligazioni del defunto; dppërò l'art. 724+745 dichiara che l'immediato possesso *de' beni*, *diritti ed azioni del defunto* passa *ipso jure* negli eredi legittimi.

Ulpiano aveva pure insegnato con massimo fondamento:

« *Haeredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat.* » (L. 59, ff. *de regul. juris.*)

Da qualsivoglia causa derivi il credito, contratto, quasi-contratto, quasi-delitto o delitto stesso, e qualunque possa esserne l'oggetto, dare, fare o non fare, l'erede vi succede (confr. l. 9, ff. *de probat.*; l. 13, Cod. *de contrah. et commit. stipul.*; *infra*, n. 516).

Tal è la regola, suscettiva nondimeno di talune eccezioni, sia per effetto della convenzione delle parti, sia atteso il carattere particolare ed affatto personale dell'obbligo medesimo (1122, 1466—1076, 1119; agg. art. 617, 957, 1980 ec.—542, 842, 1852; confr. il tomo I, n. 140; Lebrun, lib. II, cap. VIII, n. 2 a 9).

516. — Viceversa la regola si è che l'erede puro e semplice succede in tutte le obbligazioni passive del defunto.

Gli eredi legittimi vengono impossessati..., *con l'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari*, dichiara altresì l'art. 724.

Dunque diviene esso medesimo e personalmente debitore, in vece del defunto, di quanto il defunto andava debitore; e conseguentemente è obbligato, come lo era lo stesso defunto, su tutti i suoi beni presenti e futuri, e non soltanto su'beni ereditari: per modo che va sottoposto all' obbligo di soddisfare tutti i debiti, anche quando l'attivo della eredità fosse insufficiente, viemaggiormente! anche quando non si rinvenisse nella eredità alcuno attivo!

Haereditas autem, diceva Ulpiano, *quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est.* (L. 8 ff. *de adquir. vel omitt. haered.*; confr. art. 724, 783, 2092+645, 700, 1962, arg. *a contrario* dall'art. 802+719).

517. — Ma se l'erede puro e semplice è obbligato come e quanto il defunto, non potrebbe esserlo più dello stesso defunto da lui rappresentato; dappoichè continua semplicemente la sua persona; diviene soltanto, in vece sua, debitore come lo stesso defunto, nè più nè meno!

Quindi, per esempio, l'erede stesso puro e semplice di una persona, la quale aveva contratto un obbligo durante la sua minore età, o di una donna maritata, la quale erasi obbligata senza autorizzazione del marito o del giudice, può opporre al creditore la causa di nullità o rescissione, onde trovansi affette tali obbligazioni (articoli 225, 1425 — 214, 1079.)

E questa altresì è la ragione, a creder nostro, che l'erede puro e semplice della donna maritata sotto la regola dotale possa opporsi affinchè le obbligazioni contratte da costei durante il matrimonio, eziandio con l'autorizzazione del marito, non vengano eseguite, dopo la morte di costui, su' beni dotali; dappoichè la donna maritata sotto la regola dotale è, circa i suoi beni dotali, incapace di obbligarsi eziandio con autorizzazione maritale; e quindi, per la stessa ragione che l'erede puro e semplice può opporre l'incapacità della donna, sua autrice, la quale, sotto una regola diversa dalla regola dotale, si fosse obbligata senza autorizzazione, può opporre, trattandosi de' beni dotali, la incapacità della donna la quale, sotto la regola dotale, si fosse obbligata

altresì con autorizzazione del marito (art. 1560 — 1373).

Si è obbiettato che l'accettazione pura e semplice della eredità formava un quasi-contratto da cui emergeva una novella obbligazione, *una obbligazione secondaria*, per effetto di cui i beni dotali, divenuti beni particolari dell'erede, erano in avvenire il pegno di tutti i creditori della moglie, divenuti quindi creditori particolari dell'erede puro e semplice (confr. decis. C. di Parigi 13 mag. 1820, Adde, Sirey, 1822, II, 343; di Caen 19 marzo 1836, Lefebure, *Rac. di Caen*, t. II, p. 625; 10 genn. 1842, Binet, Dev., 1842, II, 209; Rousseau de La Combe, v. *Dote*, parte II, sez. III, n. 6; Delvincourt, t. III, p. 340.) Ma precisamente ciò noi oppugniamo, esservi cioè nell'accettazione pura e semplice il principio di una novella obbligazione da parte dell'erede verso i creditori della eredità (*supra*, n. 507): indubitatamente diviene altresì debitore particolare verso i creditori della eredità; ed i beni ereditari, in avvenire confusi co' suoi, formano il pegno di tali creditori. Noi ne conveniamo; ma è mestieri convenire eziandio che i creditori del defunto non hanno contro l'erede diritto maggior di quello che avrebbero avuto contro lo stesso defunto: or, contro la stessa donna i creditori, verso i quali erasi obbligata durante il matrimonio, non avevano diritto di pegnorare i beni dotali: relativamente a questi beni l'obbligo della moglie trovavasi affetto da vizio d'incapacità: dunque lo stesso vizio d'incapacità sussiste relativamente a tali beni, rispetto all'erede, il quale è tenuto in forza della stessa obbligazione, di cui era tenuto il suo autore, nè più nè meno.

« Atteso che, con massimo fondamento ha giudicato la Corte di cassazione, se l'erede puro e semplice è tenuto pagare tutti i debiti creditari, vi è tenuto nello stesso modo e sugli stessi beni del suo autore, di cui è la continuazione. » (Confr. decis. C. di Caen 24 dic. 1839, Bettre, Dev., 1840, II, 132; arresti C. cass. 16 dic. 1846, Peyrounet, Dev., 1847, I, 194; 30 ag. 1847, Mourellon, Dev., 1847, I, 740; 14 nov. 1855, Vidier, D., 1855, I, 437; Odier, del *Contr. di matrim.*, t. II, n. 1248, Duranton, t. XV, n. 531; Pont e Rodière, *del Contratto di matrim.*, t. II, n.° 490; Pellot, dalle *Miniere*, t. IV, p. 94; Teissier, *della Dote*, t. I, n. 62; Tambour, *del Benefizio d'invent*, p. 392-393.)

518. — L'erede puro e semplice è tenuto di tutte le obbligazioni cui il defunto andava sottoposto, senza esservi luogo, per regola generale, a distinguere quale siane l'oggetto e qua e la causa da cui derivano.

Laonde *regolarmente*, come si esprime Lebrun succede nell'obbligo di fare o non fare qualche cosa, del pari che nell'obbligo di dare. Giustiniano, rimovendo su tal punto antiche contese, *veteris juris altercationes*, decise positivamente così: *omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad haeredes et in haeredes transmitti* (L. 13, Cod. *de contrah. et committ. stipul.*; Lebrun, lib. II, cap. VIII, n.° 10; Pothier, delle *Obbligaz.*, n. 673.)

Similmente l'erede succede in ogni passiva obbligazione del defunto, emerga da contratto, da quasi-contratto, quasi-delitto ovvero delitto (confr. art. 724, 1382, 1383 C. Nap. — 645, 1336, 1337; art. 2, Cod. d'*istr. crim.*; parere del Consiglio di Stato del 23-26 fruttidoro anno XIII; Pothier, *loc. supra*, n. 674; Lebrun, *loc. supra*, n. 11; Chabot. art. 873, n. 2; Zacheriae, Aubry e Rau. t. V, p. 192; Massé e Vergé, t. II, pag. 327).

Tal è, diciamo, la regola generale, la quale è nondimeno, sotto entrambi i rapporti, suscettiva di alcune eccezioni, sia per effetto della convenzione delle parti, sia per lo effetto medesimo dell'oggetto particolare o della natura speciale della obbligazione, come appresso dimostreremo (confr. art. 119, 1795, 1865, 1868, 1879, 1968, 1982, 2003, 2010 ec. — 341, 1611, 1737, 1740, 1751, 1840, 1854, 1875, 1882).

519 — C. L'erede puro e semplice non è soltanto tenuto delle obbligazioni dello stesso defunto da lui rappresentato; ma è inoltre tenuto di alcune altre obbligazioni, alle quali non andava sottoposto il defunto, e sorte dopo l'apertura della successione.

Di fatti l'art. 724 — 645 dispone che l'immediato possesso passa *ipso jure* negli eredi legittimi. . . , *con l'obbligo di soddisfare a* TUTTI I PESI *ereditari*.

E similmente, in conformità dell'art. 873 — 794, gli eredi sono tenuti *a' debiti ed ai pesi ereditari* (agg. art. 870 — 791).

Tali sono:

Da un lato i debiti accessorii, risultanti generalmente dalla stessa apertura della successione e dalle circostanze che vi si rannodano, le spese funebri, quelle di suggellazione ed inventario, quelle di mutazione;

E d'altro lato, i legati posti dal defunto a carico dell'erede.

Lo stesso *de cujus* non è stato mai tenuto di tali specie di obbligazioni; esse nascono dopo morto in persona medesima dell'erede, sia in forza del quasi-contratto risultanto dalla sua accettazione pura e semplice, sia forse più semplicemente in forza della legge, che glie le impone conferendogli la qualità di erede (*supra*, n.° 507).

520. — Affermiamo che *i legati* non compresi negli art. 724 ed 873, i quali impongono all'erede puro e semplice l'obbligo di soddisfare *tutti i pesi ereditari...*, *i debiti e pesi ereditari*.

Non pertanto tal proposizione non viene generalmente ammessa; e molti sostengono, per contrario, che il vocabolo *pesi*, in questi due articoli, non comprende i legati, ma unicamente il debito delle spese funebri.

Noi ben presto torneremo a ragionare intorno a cotesta dottrina (*infra*, n. 522).

Ci basti ora osservare che, se l'obbligo di pagare i legati non venisse imposto all'erede con gli art. 724 ed 873, non rinverrebbesi, in tutto il titolo delle successioni, alcun testo, che glie lo imponesse! or ciò torna effettivamente inattendibile: nessuno potrà credere che gli autori del Codice Napoleone, i quali, in questo titolo, tanto vasto e compiuto, han voluto precisamente determinare i diritti e le obbligazioni de l'erede, nulla abbian disposto circa le sue obbligazioni verso i legatarii; dunque gli art. 724 ed 873 comprendono i legati sotto la denominazione di *pesi*, la quale è generica per quanto è possibile, e perfettamente conviene agli stessi legati, i quali sono di fatti pesi della eredità accettata dall'erede.

521 — Ma qual è mai l'ampiezza dell'obbligo dell'erede puro e semplice verso i legatarii?

È forse tenuto verso di essi *ultra vires*, come lo è verso i creditori della eredità e verso tutti coloro di cui diviene, in qualità di erede, particolar debitore?

Ovvero, per contrario, è forse tenuto, verso i legatarii, sino alla concorrenza de'beni ereditarii?

Tal quistione, oltremodo importante e controversa, crediamo essere altresì sommamente delicata.

Non pertanto non potrebbe sorgere:

1° Relativamente a' *legati* universali o a titolo universale *i* quali, per loro stessa natura, trovansi circoscritti ne'limiti della universalità ereditaria, ed i *quali non si soddisfano* diceva Lebrun (lib. IV, cap. II, sez. IV, n. 5), nel senso che, se l'erede è tenuto consentirne il rilascio, il legatario universale, o a titolo universale, è a suo fianco come un erede di più (art. 1003, 1009, 1012 o 1015 — 929, 935, 966, 969);

2° Relativamente a' legati particolari di corpo certo (art. 1018, 1020, 1245, 1302— 972, 974, 1198, 1256).

522. — Ma per contrario la quistione in esame sorge con tutta la sua gravezza, quando trattisi di legato di quantità o più generalmente di cose indeterminate.

Primieramente è mestieri supporre che l'erede, comunque abbia accettato puramente e semplicemente, non ha nulladimeno confuso i beni della eredità co' beni suoi particolari; dappoichè, se tale confusione avesse avuto luogo per guisa da non essere più possibile distinguere l'attivo della eredità dal suo attivo particolare, troverebbesi, a credere di tutti, obbligato ad estinguere tutti i legati, non potendo dimostrare la insufficienza dell'attivo creditario (arg. dagli art. 1382, 1383, 1315 ec. — 1336, 1337, 1269).

Dunque supponiamo che l'erede conservi esattamente tutti i beni ereditarii, e ne faccia distendere inventario.

Per sostenere che in tal caso l'erede puro e semplice non sia tenuto de'legati *ultra vires* possonsi invocare tre ordini di argomenti: 1° gli uni desunti da' principii razionali del diritto e dalla equità; 2.° gli altri dalle storiche tradizioni; 3.° finalmente i terzi da'testi medesimi del Codice Napoleone:

1° Se l'erede puro e semplice è tenuto dei debiti *ultra vires*, ciò accede unicamente in forza del principio il quale forma di lui il rappresentante ed il continuatore della persona del *de cujus*, ed è obbligato così perchè il defunto stesso trovavasi così obbligato;

Or tal principio è affatto inapplicabile a'legati, di cui apparentemente il *de cujus*, autore del testamento, non è stato mai esso medesimo debitore;

Dunque la causa stessa, la causa efficiente ed essenziale, della obbligazione *ultra vires*, allora totalmente svanisce: « *Defunctus non debuit legata*, diceva Donello; *quapropter*, *quod hic debeat haeres, non est ex persona et jure defuncti...* » (*Comment.*, t. I, cap. II, n. 13).

Qual è dunque la causa unica della obbligazione dell'erede verso i legatarii? è lo im-

possessamento da lui fatto, accettando la eredità, dello attivo ereditario, di cui i legati sono una deliberazione.

Legatum est, diceva Florentino, *delibatio haereditatis, qua testator ex eo, quod universum haeredis foret, alicui quid collatum velit.* » (L. 116 princ., ff. *de legat.*, 1°).

« Il testamento, dichiara l'art. 895 C. Nap. —815, è un atto col quale il testatore dispone, pel tempo in cui avrà cessato di esistere, di tutti a parte de'suoi beni, e che ha la facoltà di rivocare. » (Agg. art. 1021 + 975.)

È questa la natura del legato; e non potrebbesi imporre all'erede verso i legatarii, un obbligo illimitato senza disconoscere prafondamente sia la stessa volontà del *de cujus*, il quale non potrebbesi presumere avere avuto lo intendimento di fare liberalità in detrimento de' beni particolari del suo erede, sia la volontà dell'erede il quale, accettando puramente e semplicemente, ha potuto consentire a pagare i debiti *ultra vires*, per onorare la memoria del suo parente, ma il quale al certo non ha inteso assumere l' obbligo di soddisfare, su' proprii beni, legati smadati, il cui inadempimento non può menomamente offendere la memaria del defunto, e cui non potrebbesi imporre se non con la più manifesta iniquità siffatta abbligazione, la quale potrebbe assarbire notabilmente i proprii beni e forse anche rovinarla!

2° Quindi l' antico diritto romano, ne'suoi bei tempi, non aveva mai ammesso che l'erede potesse esser tenuto de' legati oltre il valare de' beni ereditarii. Viemaggiormente! l' erede in Roma non era obbligato verso i legatarii, eziandio *intra vires*; dappoichè gli si riservava contro di essi, il quarto de' beni! (confr. l. 1, § 1, ff. *ad senat. Trebell.*: 3, Inst. *de lege falcid.*; § 1, Inst. *de singulis rebus per fideic. relictis*). Il solo Giustiniano, dopo avere immaginato il benefizio dello inventario, volle, nello interesse della sua invenzione, di cui mostravasi sommamente gelosa; che l' erede il quale l'avesse sprezzata, ne venisse punito non solo con la privazione della quarta Falcidia, ma eziandio con l' obbligo che gl' impose di soddisfare tutti i legati, *licet purae substantiae morientis transcendant mensuram*; ed è mestieri altresì osservare che, se l' erede era così tenuto, nan lo era precisamente in mancanza di accettazione col benefizio dello inventario, ma soltanto in mancanza d'inventario (confr. l. 22, § 14, Cod. *de jure delib.*; *Novell.* 1, cap. XI, § 2).

Tale mutamento di Giustiniano, osservato, è vero, un tempo in Francia in più paesi di diritto scritto, non è mai per contrario prevalso nelle provincie consuetudinarie; ed i nostri antichi giureconsulti insegnano, come massima inconcussa, che l'erede puro e semplice non è tenuto de' legati oltre il valore de' beni ereditarii, *ultra vires* (conf. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 1, 3, e cap. V, art. 3, § 1; Lebrun, lib. VI, cap. II, sez. XI, n. 50; Furgole, *de' Testam.*, t. IV, cap. X, sez. III, n. 1; Duplessis su la cons. di Parigi, tit. *de' Testam.*, lib. III. sez. IV; Montvellan, *delle Success.*, cap. VI, n. 26; Ferrière, cons. di Parigi, art. 331, glos. 1, § 4, n. 89 e seg.).

3° Gli autori del Codice Napoleone, i quali han quasi sempre, come è noto, sancito le antiche dottrine consuetudinarie, se ne sono forse dipartiti in tal circostanza? Per ammettere, dicesi, essere stato questo il loro intendimento, sarebbe indispensabile un testo positivo; dappoichè si è già ravvisato che tali tradizioni sì costanti sono inoltre unisone a' principii del dritto, della ragione e della equità; e se avessero arrecato un mutamento cotanto notabile, non avrebbero indubitatamente mancato di annunziarlo; segnatamente l' avrebbero sancito con un testo non equivoco: or di tale mutamento o piuttosto di tale specie di sconvolgimento ne' principii del dritto privato non trattasi menomamente nei lavori preparatorii; e, relativamente a' testi, tutti quelli che invocansi per sostenere esser l'erede puro e semplice tenuto, *ultra vires*, verso i legatarii, sono più o meno equivoci; anzi taluni escludono questa illimitata obbligazione:

Quindi primieramente invocansi gli art. 724 ed 873 — 645 e 794, i quali dichiarano essere gli eredi in obbligo di soddisfare *tutti i pesi ereditarii, i debiti e pesi ereditarii*. Ma tre risposto, dicesi, possono eliminare l'argomento che si desume da tali articoli; cioè in primo luogo che i *legati* non vanno compresi sotto il vocabolo *pesi*, come ne discende la pruova dagli art. 1009, 1012 e 1013 — 935, 966 e 967, i qua'i distinguono precisamente i pesi della eredità da' legati; in secondo luogo l' art. 724 è applicabile a tutti gli credi legittimi, a' riservatarii come a' non riservatarii; e conseguentemente, se stabilisse l' obbligo illimitato del pagamento de' legati, lo stabilirebbe a carico dell' erede riservatario come dell' erede non riservatario: or torna im-

possibile il pretendere che l'erede riservatario sia in obbligo di accettare col benefizio dello inventario per non esser tenuto de' legati *ultra vires* (*infra*, n. 523): dunque non puossi pretendere che talo obbligo emerga dall' art. 724; finalmente in terzo luogo, puossi osservare, ammettendo pure cho nell' art. 724 i legati vadan compresi sotto il vocabolo *pesi*, cotesto articolo fermava il principio delle obbligazioni dell' erede, senza determinare altronde l' ampiezza di tali obbligazioni.

Si è invocato altresì, aggiungesi, l' art. 783, dal quale emergerebbe che l' erede puro e semplice sarebbe tenuto do' legati *ultra vires*; dappoichè potrebbe solo mercè la rescissione della sua accettazione ovviare alla lesione, che gli cagionasse lo scoprimento di un testamento ignoto, quando abbia accettato. Ma a cotesto articolo i propugnatori della dottrina che esponiamo rispondono che i compilatori del Codice Napoleone, i quali l'hanno scritto, non l' hanno essi medesimi ben conceputo; e, per eliminare la obbiezione che se ne desume contro di essi, ne dànno chiarimenti, che ben presto ci faremo a valutare (*infra*, n. 548 e seg.).

Dunque rimangono, essi dicono, due articoli, i quali implicano per contrario la idea che lo erede puro e semplice non è tenuto dei legati *ultra vires*, cioè gli art. 802 e 1017 — 719 e 971.

L'art. 802 primieramente dispone che l'effetto del benefizio dello inventario si è attribuire all' erede il vantaggio di esser tenuto del pagamento *de' debiti* creditarii sino alla concorrenza de' beni da lui conseguiti; la qual cosa suppone virtualmente che l' erede non abbia bisogno del benefizio dello inventario per non essere tenuto *de' legati* oltre i beni da lui raccolti. È ben vero che il predetto art. 802 soggiugne che l' erede può anche esimersi dal pagamento *de' debiti*, abbandonando tutti i beni *a' creditori ed a' legatarii*; ma effettivamente il benefizio dello inventario produce pure, fra l' erede ed i legatarii, un effetto importante sotto il rapporto che, mentre l' erede puro e semplice, comunque tenuto soltanto de' legati sino alla concorrenza dei beni ereditarii, ne è tenuto nulladimeno, in questa proporzione, su' beni particolari, l' erede beneficiato non ne è tenuto su' suoi beni particolari, ma unicamente su' beni ereditarii (*infra*, n. 524); dalle quali cose emerge eziandio, pe' legatarii, un interesse alla retta amministrazione della eredità accettata col benefizio dello inventario, e conseguentemente la necessità che l' abbandono, quando abbia luogo, si faccia loro come a' creditori.

Finalmente l' art. 1017, il quale termina precisamente la obbligazione di coloro i quali debbono i legati, pone allo stesso livello *gli eredi e gli altri debitori* di un legato, val dire gli altri legatarii, sia a titolo universale, sia a titolo particolare, i quali potrebbero essere essi medesimi tenuti di rilasciare i legati: or è manifesto che il legatario particolare, il quale fosse gravato di un legato, non potrebbe esser tenuto *ultra vires*: dunque la obbligazione che l' art. 1017 non impone al legatario particolare debitore di un legato, neppure la impone all'erede puro e semplice (confr. una *considerazione* dello importante arresto della Corte di cassazione del 13 agosto 1851, Toussaint, Dev., 1851, I, 657; Demante, t. III, n. 24 *bis*, v. 103 *bis*, II, e 124 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnnier e Roustaing, t. II, n. 580 ; Bugnet sopra Pothier, t. VIII. p. 210; Mourlon, *Rep. Scrit*, t. II, p. 96; Marcadé, art. 1017, n. 2; Mazerat sopra Chabot, art 773, n. 32, nota 1; Tambour, *del Benefizio d' invent.*, p. 280 e seg.; Villequez, *Rivista di dritto francese e straniero*, 1850, t. VIII, p. 155 e 227.)

La dottrina, da voi esposta, poggia indubitatamente sopra argomenti gravissimi; ma non pertanto non ci pare doversi ammettere sotto lo impero del Codice; e, per oppugnarla, le opporremo primamente i testi medesimi della legge :

1.° A norma degli art. 724 ed 873 gli eredi son tenuti di soddisfare *tutti i pesi della eredità, i debiti e pesi ereditarii*;

Or i legati vanno al certo compresi nelle generiche espressioni: *tutti i pesi . . . i debiti e pesi* (ved. *supra*, n. 520; *ved.* pure l. 40, ff. *de obligat. et act.*)

Indarno obbiettasi che « l' uso di tale espressione generale ha avuto semplicemente « per iscopo di comprendere il peso delle spese funebri, il quale, senza essere propria« mente un debito della persona (del defun« to) dee nondimeno esservi assimigliato, es« sendo questa la rimunerazione di un servi« zio renduto alla persona dopo sua morte » (Demante, t. III, n. 24 *bis*, V); dappoichè ci sembra impossibile il credere che il legislatore, adoperando queste assolute espressioni, le quali comprendono tutto, abbia avuto in mira il peso, in generale poco importante,

delle spese funebri, ed abbia lasciato affatto estraneo alla sua disposizione il peso talvolta considerevolissimo de' legati: per contrario debbesi tanto più ammettere che gli art. 724 ed 873 applicansi a' legati, in quanto che i legati, al pari delle spese funebri, sono di fatti e sono stati sempre considerati come pesi ereditarii; Lebrun li denominava positivamente così (lib. IV, cap. II, sez. IV, n.° 3); e Furgole giungeva sino ad affermare che: « Comunque i legati non vengono propriamente annoverati fra' debiti, sono nulladimeno azioni passive creditarie . . . , *e la obbligazione che producono discende dalla persona del testatore e dalla sua disposizione, la cui esecuzione va differita sin dopo la morte.* » (t. IV, cap. X, sez. III, n. 82).

Se l'art. 1009 — 935 sembra distinguere i debiti ed i *pesi* della eredità da' *legati*, ciò dimostra soltanto che il vocabolo *pesi* non ha un significato rigoroso nè invariabile, ed è suscettivo, secondo i casi, di maggiore o minore ampiezza.

Si è pure obbiettato che, ammettendo che i legati venissero compresi sotto il vocabolo *pesi*, l'art. 724 limitavasi a fermare il principio delle obbligazioni dell'erede, tacendosi intorno all' ampiezza di tali obbligazioni (Villequez, *supra*). Ma primieramente lo stesso art. 724 è oltremodo esplicito in senso opposto: esso dichiara *tutti i pesi ereditarii*! E similmente l'art. 1009, rispetto al legatario universale, dichiara esser tenuto di soddisfare *tutti* i legati (confr. altresì art. 610 — 535)! E poi da ultimo forse l'art. 873! non dichiara essere gli eredi tenuti de' debiti e pesi ereditarii *personalmente*: or, in conformità dell'art. 2092 — 1962, l'obbligato personalmente è tenuto soddisfare la sua obbligazione su tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri.

La medesima conseguenza discende altresì dall' art. 1017 — 974, il quale dichiara che gli eredi o altri debitori di un legato saranno *personalmente* tenuti a soddisfarlo ciascuno *pro rata* della porzione di cui partecipa nella eredità. Si è invocata la espressione *di cui partecipa*, per sostenere esser tenuti sino alla concorrenza del loro emolumento; ma agevole è la risposta, cioè che l'art. 1017, con questa frase, ha ad evidenza per iscopo di risolvere una quistione di ripartizione tra' diversi debitori de' legati: di fatti pongasi mente che esso non dichiara *sino alla concorrenza*, ma *pro rata*. L'art. 870 — 794 similmente dispone che i coeredi contribuiscono tra essi al pagamento de' debiti e pesi ereditarii, ciascuno in proporzione *di ciò che gli perviene*; e del pari, a norma dell'art. 874 — 792, il legatario universale contribuisce (al pagamento de' debiti e pesi della eredità), unitamente agli eredi in proporzione *della sua parte ereditaria;* e ciò non impedisce che gli eredi ed il legatario a titolo universale siano tenuti de' debiti e pesi *ultra vires, pro rata* della lor chiamata a titolo universale. « Ciò vuol dinotare semplicemente, risponde benissimo il presidente Nicias-Gaillard, che il legatario a titolo universale ha, ne' debiti e pesi ereditarii, una parte proporzionale a quella che ha ne' beni e diritti ereditarii. . » (*Rivista critica di giurispr.*, 1852, p. 355.)

Ma, si è detto, l'art. 1017 applicasi a tutti i debitori di un legato, sieno eredi, legatarii universali, ovvero legatarii particolari; or il legatario particolare, gravato di un legato, non sarebbe tenuto *ultra vires*; dunque, se l'art. 1017 non gl' impone tale obbligazione non la impone viemaggiormente agli eredi nè a' legatarii a titolo universale.—Tale conclusione non è menomamente necessaria; dappoichè, se gli eredi ed i legatarii a titolo universale son tenuti *ultra vires*, lo sono per effetto del loro titolo successorio universale, ed atteso la loro qualità di successori *in universum jus*: or tal causa essenziale dall' obbligazione *ultra vires* manca riguardo al legatario particolare (confr. Duranton. t. IX. n.° 386); e tanto suppone lo stesso art. 1017 con la espressione *pro rata della loro porzione*. Finalmente soggiungiamo che quello articolo, concedendo l'azione ipotecaria *fino alla concorrenza del valore degl' immobili della eredità*, implica virtualmente che la obbligazione personale non va sottoposta per contrario a veruna restrizione di tal genere.

Ma soprattutto l'art. 783 ci sembra somministrare alla tesi da noi qui propugnata, la sua pruova più diretta e perentoria:

In conformità dell'art. 783 di fatti l'erede può reclamare, per causa di bisogno, quando la eredità si trovi assorbita o diminuita più della metà per essersi scoperto un testamento del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione;

Or, se l'erede non fosse tenuto di pagare i legati *ultra vires*, lo scoprimento di un testamento non potrebbe arrecargli alcuna lesione;

Dunque il predetto articolo suppone di ne-

cessità che l'erede sarebbe tenuto di pagare i legati *ultra vires*.

Ciò ci sembra decisivo. È ben vero essersi impreso a rispondere al predetto art. 783 e dimostrare potersi diversamente spiegare: noi non vogliamo, ad obbietto di ovviare a ripetizioni, anticipare spiegazioni che ben presto presenteremo (*infra*, n. 548 e seg.): ci basti qui annunziare nessuna di tali spiegazioni essere soddisfacente, e massime in forza del su riferito art. 783 dovere la dottrina da noi combattuta fatalmente dileguarsi.

2.° Tali sono gli articoli del nostro Codice; ed avvisiamo emergerne la pruova testuale esser l'erede puro e semplice tenuto de' legati, come de' debiti, *ultra vires*. Indubitatamente si è considerato che, confondendo l'accettazione pura e semplice i due patrimonii, quello dello erede e quello della eredità, l'erede stesso doveva divenire in avvenire personal debitore di tutti coloro di cui la eredità andava debitrice, e che conseguentemente eravi presunzione essere sufficiente l'attivo ereditario; tanto più che i legatarii, atteso l'accettazione pura e semplice, avevan potuto non prendere veruna precauzione ad obbietto di comprovare e conservare l'attivo ereditario. Altronde osserviamo che la massima, a norma di cui nessuno può fare liberalità oltre i proprii beni, non è inconcussa; e, per esempio, se una persona, il cui passivo eguagliasse pressappoco l'attivo, si dichiaras se a titolo di donazione debitore verso un terzo di una somma; ben lungi dall'essere questa donazione nulla di pieno diritto, eccedendo l'attivo del donante, torna per contrario indubitato che il donatario figurerebbe fra gli altri creditori del donante, sia per contributo, sia per prelazione, se avesse una ipoteca, salvo semplicemente l'applicazione dell'art. 1167 — 1120: or, per qual ragione ciò che è vero circa una donazione tra vivi non sarebbe vero circa un legato? Esclamasi, nello interesse dell'erede, avverso tal durezza, avverso tale iniquità! — Non negheremo che tal dottrina possa produrre di fatti durissimi risultamenti; ma opiniamo aver dimostrato, mercè de' testi, i risultamenti medesimi non essere stati di remora al legislatore. Altronde non puossi rispondere che dipende dallo erede medesimo lo antivenirli, accettando col benefizio dello inventario, *caute omnia agens*? (Nov. 1, cap. II, § 2).

Forse non potrebbe essere altresì duro, per esempio, per un legatario universale il pagare *ultra vires* e sui proprii beni, eziandio i soli debiti del testatore? si indubitatamente! e siffattamente che molti sostengono non esser tenuto di tali debiti *ultra vires*, comunquenon abbia accettato col benefizio dello inventario; ma non pertanto la opposta dottrina sembra dovere oggidì trionfare, o con alto fondamento, a parer nostro (confr. t. I, n. 80 e 160). Di fatti, avverso tutti questi perigli dell'accettazione pura e semplice, riviensi un preservativo, cioè l'accettazione col benefizio dello inventario; e se l'erede puro e semplice divieno debitore personale e su tutti i proprii beni de' creditori e de' legatarii, in ultima analisi ha voluto così egli! (confr. Delvincourt, t. II, p. 33, nota 5; Toullier e Duvergier, t. V, n.° 556; Duranton, t. VI, n. 462; Chabot, art. 873, n° 32; Vazeille, art. 1017, n° 3; Grenier, *delle Donaz.*; t. I, n° 313; Taulier, t. III, p. 231, e t. IV, p. 119; Zachariae, Aubry e Rau (nuova ediz.), t. V, p. 150 e 192; Troplong, *delle Donaz. e de' Testam.*, t. IV, n.° 1813.)

523. — La dottrina testè esposta debbesi forse applicare agli eredi riservatarii?

Ovvero, in altri termini, l'erede riservatario può dimandare la riduzione de' legati lesivi della sua riserva, sol quando abbia accettato la eredità col benefizio dello inventario?

Risalendo a' più rimoti tempi della storia del privato diritto scorgesi esservi stata sempre sommamente agitata siffatta quistione.

Cujacio (*Comm. Inst. de hared. qual. et diff.*) divisava che la mancanza d' inventario non privava l'erede legittimario della facoltà di ritenere la quota attribuitagli; mentre l'opposto divisamento veniva insegnato da Vinnio (*Select. quest.*, p. 564) e da Voet (*ad Pandect. de jure delib.*, n.° 27).

I medesimi dissentimenti rinvengonsi nella nostra antica giurisprudenza francese. Parecchi professavano eziandio che il legittimario, il quale erasi renduto erede puro e semplice, non poteva dimandare, avverso i legatarii, la sua legittima; sia perchè, se so giacesse allora ad un nocumento, vi soggiaceva molto meno pel fatto del defunto che per fatto proprio e sua negligenza, per non aver fatto distendere inventario; sia perchè potevasi presumere *essersi servito egli stesso*, come diceva Lebrun, *essersi egli medesimo soddisfatto della sua legittima nella confusione delle cose* (*loc. infra cit.*; confr. Chabrol, cons. di Alvergna, cap. XII, art. 41, quist. 8; Brodeau sopra Louet, lettera I, somm. 7;

ordinanze di Lamoignon, t. V, *della Legittima.*)

Nondimeno la opposta dottrina era già prevalsa un tempo, per la ragione che la privazione della legittima, per mancanza d'inventario, non veniva stabilita da alcuna legge in Francia, e che sarebbe questa una pena che tornava impossibile stabilire per via d'interpetrazione (confr. Pothier, *delle Donaz. tra vivi*, art. 5, § 7; Lebrun, *delle Success.* lib. III, cap. IV, n. 75; Merlin, *Rep.*, v. *Legittima*, cap. V, § 5.)

È tal è pure la dottrina generalmente seguitata sotto l'impero del Codice, malgrado nulladimeno alcuni dispareri, che crediamo mal fondati (confr. Delvincourt, t. II, p. 100; Maleville su l'art. 802.)

Di fatti osserveremo che gli articoli, onde viene stabilita l'azion di riduzione dell'accettazione a pro degli eredi riservatarii, non la sottopongono alla condizione dell'accettazione della eredità col benefizio dello inventario, nè alla formazione dello inventario, e che basta che il riservatario non abbia in fatto confuso i suoi beni particolari co' beni ereditarii; potrebbe dunque, sotto questa unica condizione, agire per riduzione avverso il donatario tra vivi; a *fortiori* può similmente, sotto questa unica condizione, dimandare la riduzione delle liberalità testamentarie (artic. 921—838.)

È ben vero che ricorresi, avverso di noi, alla distinzione che facciamo tra gli eredi puri e semplici, secondo che sono o pur no riservatarii; e pretendesi annientarsi così da noi medesimi tutti gli argomenti che abbiamo desunti dagli articoli *del titolo delle Successioni*, per dimostrare essere l'erede puro e semplice tenuto de' legati *ultra vires*. Di fatti, dicesi, i suddetti art. 724, 802, 873 ec.—645, 749, 794 sono conceputi in termini generici, ed applicansi a tutti gli eredi legittimi indistintamente; epperò, se viene riconosciuto che essi non dimostrano che l'erede riservatario, il quale abbia accettato la eredità puramente e semplicemente, sia tenuto de' legati *ultra vires*, è mestieri necessariamente, riconoscere non potere neppur dimostrare che l'erede non riservatario siane tenuto.

Ma basta rispondere che se, nel *titolo delle Successioni*, gli autori del Codice han formato effettivamente regole generali le quali applicansi a tutti gli eredi indistintamente, han poscia, nel titolo *delle Donazioni tra vivi e de' testamenti* modificato coteste regole relativamente agli eredi riservatarii; e la distinzione che qui facciamo, fra l'una e l'altra classe di eredi, non affievolisce menomamente gli argomenti da noi desunti dagli articoli del titolo *delle Successioni*, per dimostrare la illimitata obbligazione dell'erede puro e semplice verso i legatarii (confr. arresto C. cass. 16 genn. 1821, Bertrand, Sirey, 1822, I, 197; decis. C. di Parigi 11 feb. 1825, Dev. ed arresto C. cass., nuova collez., 8-2-26; Delvincourt, t. II, p. 100; Toullier t. V, n. 556; Duranton, t. VI, n. 463; Chabot, articolo 873, n. 32; Proudhon, *Dell' usufrutto*, t. I, n. 340; Grenier, *delle Donaz.*, t. I, n. 591-592; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 559; Troplong, delle *Donaz.*, *e de' Testam.*, t. II, n. 940)

524—Del resto osserviamo che coloro medesimi i quali insegnano che l'erede puro o semplice è tenuto de'legati *intra vires haereditatis*, riconoscono non pertanto che, entro questo limite, ne è tenuto eziandio su' suoi beni particolari, e non semplicemente sui beni ereditarii.

È stata sempre questa la generale opinione; e con infinito fondamento (confr. articolo 724, 802; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 3, § 1; Demante, t. III, n. 124 *bis*, II; Tambour, *del Benefiz. d'inventario*, p. 493 e 285.)

Nulladimeno Villequez sembra avere appalesato un opposto divisamento (*Rivista di diritto francese straniero*, t. VII, p. 232.)

525.—Ci rimane ad offrire, relativamente agli effetti dell'accettazione pura e semplice una ultima osservazione, cioè che tali effetti han luogo, come affermava Pothier rispetto agli eredi per la parte propria del pari che rispetto ad un erede unico; nel senso che come l'unico erede è tenuto, per lo intero, de'debiti e de' legati *ultra vires*, così l'erede per la parte propria ne è tenuto parimente, *ultra vires, per la sua parte e porzione* (confr. art. 870, 871, 1220—791, 1173): quindi, per esempio, l'erede per un quarto, è tenuto del quarto de'debiti e de'legati, eziandio oltre il valore del quarto de'beni in cui succede (Pothier, *delle Success.*, cap. V, art. 2, § 1.)

---

§ III

Per quali cause l'accettazione pura e semplice può mai rescindersi? e quali mai sono in tal caso gli effetti della rescissione?

SOMMARIO.

526.—Divisione.

526.—Intorno a colesto subbietto dobbiamo disaminare due principali punti, cioè:

1° Quali sono mai le cause di nullità o rescissione dell' accettazione pura e semplice?

2° Quali sono mai, nella subbietta materia, gli effetti della nullità o della rescissione?

N. I

Quali sono mai le cause di nullità o rescissione dell'accettazione?

SOMMARIO.

527.—L'accettazione, se non è un contratto, proviene non pertanto, come contratto, dalla volontà, e, in certa guisa, dal consenso dell'erede.—Di qui sorgono due conseguenze.—A. Essa è generalmente irrevocabile.

528.—Continuazione.—La rinunzia dell'erede, dopo avere accettato, non potrebbe forse nulladimeno opporglisi dai terzi interessati?

529.—Continuazione.—Esposizione di una teorica di Blondeau.

530.—B. Gli stessi vizi di consenso, o altri, i quali possono far rescindere un contratto, possono in generale far rescindere l'accettazione.

531.—Potrebbesi affermare poter esser l'accettazione *nulla* o *annullabile*. — In quali casi l'accettazione è mai nulla?

532.—In quali casi l'accottazinne è mai annullabile o rescindibile?

533.—L'art. 783 è l'unica disposizione relativa alle cause di rescissione dell'accettazione, disposizione importantissima, e la quale fa sorgere sin dalle belle prime tre quistioni:

534.—1°. L'art. 783 è forse applicabile all'erede minore o interdetto?

535.—2°. L'errore può forse essere una causa di rescissione dell'accettazione?

536.—3° *Quid* circa la violenza?

537.—Del dolo.—È mestieri primamente che l'erede dimostri che, senza il dolo praticato verso di lui, non avrebbe accettato.—In che mai consiste il dolo?

538.—Continuazione.—È forse necessario che il dolo siasi, come nelle convenzioni, praticato *da una delle parti*?

539.—Continuazione.

540.—In quali casi l'accettazione può mai rescindersi per causa di lesione?

541.—*Quid* circa lo scoprimento di debiti ignoti nel momento dell'accettazione?

542.—*Quid* circa la diminuzione impreveduta dell'attivo ereditario, per effetto di rivendicazioni, annullamenti o risoluzioni qualsivogliano, per estinzione de' diritti vitalizi pertinenti al *de cujus* sopra beni, di cui l'erede accettante credeva avere avuto la piena proprietà?

543.—*Quid* circa lo scoprimento di una donazione tra vivi fatta dal *de cujus*, sia di mobili o immobili con riserva di usufrutto durante sua vita, sia di somme o quantità qualsivogliano, sotto condizione di esser pagabili dopo sua morte?

544.—Lo scoprimento di un testamento ignoto nel momento dell'accettazione è dunque l'unica causa di rescissione per causa di lesione ammessa dal nostro Codice.—Qual è mai la origine di tal disposizione?

545.—Continuazione.—Su quali motivi è poggiata?

546.—La prima condizione per essere ammissibile tal causa di rescissione si è che il testamento siasi ignorato dall'erede nel momento della sua accettazione.—Conseguenza.

547.—Spetta all'erede il provare che il testamento gli era ignoto quando accettò.

548.—Dall'art. 783 emerge una importante conseguenza già esposta, cioè che l'erede puro e semplice è tenuto dei legati, come de' debiti, *ultra vires*.—Non pertanto, per ovviare a tal conseguenza, sonosi suggerite due altre spiegazioni dell'art. 783:

549.—A. Prima spiegazione.—Esposizione.—Confutazione.

550.—B. Seconda spiegazione.—Esposizione.—Valutazione.

551.—Nell'art. 783 trattasi della metà dell'attivo netto, ovvero della metà dell'attivo lordo della eredità?

552.—La lesione può forse emergere da testamento racchiudente un legato universale o a titolo universale?

553.—Da quali persone puossi dimandare la nullità o la rescissione dell'accettazione?

554.—L'azione di nullità o rescissione dell'accettazione è forse suscettiva di estinguersi mercè ratificazione o conferma.

555.—Quale è mai la durata di tale azione?

556.—Come possa dimandarsi la nullità o la rescissione dell'accettazione.

557.—I crediteri dell'erede potrebbero forse far rivocare, come frandolenta, l'accettazione di una eredità fatta dal loro debitore?

527.—L'accettazione trae origine dalla volontà dell' erede; e, comunque non sia un contratto, formasi nulladimeno, al pari dei contratti, dalla volontà, e giugniamo quasi fino a dire dal *consenso* del successibile, il quale aderisce alla offerta fattagli dalla legge.

Di qui discendono due conseguenze:

A. L'accettazione, appena seguita, reputasi in generale irrevocabile: essa di fatti produce, nello interesse de' terzi, de' coeredi, dei creditori, de' legatarii, diritti di cui l'accettante non potrebbe in avvenire privarli; ed altronde è mestieri che le irresoluzioni dell' erede abbiano un termine? Era questo il romano diritto; era pur questa la nostra antica giurisprudenza francese, tranne nulladimeno la singolare usanza, osservata in alcune pro-

supra cit.; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 452.)

Il nostro Codice non ha contemplato tali ipotesi.

Dunque ci limiteremo ad affermare che l'accettazione, in questi varii casi, e segnatamente nel primo e terzo, essendo nulla di diritto, non potrebbe produrre alcuno effetto, e specialmente che la nullità potrebbe venirne dedotta da ogni persona interessata.

532.—Per contrario l'accettazione è unicamente *annullabile* o *rescindibile*, quando le condizioni necessarie per esistere, trovandosi riunite, tali condizioni divengono semplicemente più o meno irregolari o imperfette.

Cotesta teorica dell'*annullabilità*, si applica segnatamente ne'contratti:

1° Alla capacità delle parti contraenti;

2° A'vizii del consenso, val dire allo errore, alla violenza, al dolo, e, in taluni casi soltanto, alla lesione (confr. art. 1109, 1115, 1117, 1118, 1304, 1338—1063, 1069, 1071, 1072, 1258, 1292.)

Dobbiamo esaminarla, nella sua applicazione, sotto questo duplice rapporto, all'accettazione di una eredità.

533.—L'art. 783—700, unico testo relativo alle cause di nullità o rescissione della accettazione, è conceputo così:

« Il maggiore di età non può impugnare « l'accettazione espressa o tacita da esso fat- « ta di un'eredità, salvo nel caso in cui tale « accettazione fosse stata la conseguenza di « un dolo usato verso di lui: egli non può « addurre mai verun reclamo sotto pretesto « di lesione, tolto ne il caso in cui l'eredità « si trovasse assorbita o diminuita più della « metà, per essersi scoperto un testamento « del quale non si aveva notizia al tempo « dell'accettazione. »

Tal disposizione è importantissima; e ravviseremo le gravi controversie cui ha dato luogo.

Primieramente viene in campo la seguente osservazione:

Da un lato, che l'art. 783 sembra mirare al solo individuo di maggiore età;

E d'altro lato, che fa menzione, come cause di rescissione, soltanto del dolo e della lesione emergenti da un testamento ignoto nel momento dell'accettazione, tacendosi circa l'errore e la violenza.

Di qui sorgono le tre prime quistioni, cioè:

1° L'art. 783 è forse applicabile al minore o allo interdetto?

È forse applicabile nel caso in cui l'accettazione fosse il risultamento:

2° Sia dell'errore?

3° Sia della violenza?

534.—1.° Si professa una opinione, onde si sostiene l'art. 783 non doversi applicare all'erede di età minore, nè allo interdetto.

Dicesi esser positivo il testo; dichiarando: *Il maggiore di età* ..!

Ma i propugnatori di cotesta dottrina, di accordo su la loro premessa, gravamente si scindono dappoi nelle conseguenze che ne desumono.

Taluni insegnano che il minore e l'interdetto non possono venire effettivamente rilevati, nè per causa di dolo, nè per causa di lesione, dall'accettazione fatta, in nome loro, dal loro tutore autorizzato a tale oggetto; e spiegano l'art. 783 il quale nega loro questa duplice causa di restituzione, sostenendo che l'accettazione, in tal caso, potendo aver luogo col benefizio dello inventario (art. 461 — 384) non potrebbe cagionare una effettiva lesione al minore nè allo interdetto, e però *nulla può far supporre aver avuto luogo per effetto di un dolo usato verso di lui* (confr. Poujol, art. 783, n. 1; Chabot, art. 783, n. 1).

Per contrario altri professano che, se l'art. 783 non è applicabile al minore, ciò non avviene nel senso aver voluto la legge trattarlo meno favorevolmente dello individuo di maggiore età, nè negargli cause di restituzione da essa concedute a costui: tutto l'opposto! dappoichè, relativamente al minore, la rescissione dell'accettazione può aver luogo per ogni specie di lesione (confr. decis. C. di Bordò 17 feb. 1826, de Briançon, Sirey, 1826, II, 316; arresto C. cass. 5 dic. 1838, Robinot, Dev., 1838, I, 945; Toullier e Duvergier, t. II, n. 335, nota *a*)

In quanto a noi, opiniamo essere tali deduzioni mal fondate da entrambe le parti:

Alla prima, onde pretendesi che il minore o l'interdetto non sarebbe restituibile per causa di dolo, nè quindi, per causa di violenza, è forza giugnere sino a questo punto! nè per causa di lesione, pel motivo che, essendosi fatta l'accettazione col benefizio dello inventario, non potrebbe lederlo, risponderemo che l'accettazione medesima potrebbe per contrario trovagli di sommo nocumento; sia atteso l'obbligo della collazione a suo carico, se si

trovasse donatario o legatario simultaneamente all' erede; sia atteso gl'impacci e le risponsabilità, talvolta sommamente considerevoli, dell' amministrazione della eredità col benefizio dello inventario; come se, per esempio (era questa la specie del su riferito arresto del 1838), si trattasse di eredità impegnata in più operazioni o imprese complicate e suscettive di gravi controversie. Dunque l'accettazione col benefizio dello inventario non preserverebbe il minore o l' interdetto della lesione preveduta dall'art. 783; quindi ravviseremo che lo stesso *maggiore di età*, il quale avesse accettato col benefizio dello inventario, potrebbe sempre invocare l' applicazione dell'art.783:pruova inconcussa non potersi tale applicazione negare al minore nè allo interdetto, pel motivo che l'accettazione, fatta in nome loro, lo sia col benefizio dello inventario. Se dunque il tutore ed il consiglio di famiglia fossero stati indotti, per dolosi rigiri, ad accettare la eredità, ovvero si scoprisse un testamento il quale diminuisse la eredità, più della metà, per guisa da ledere il minore o l'interdetto, l' art. 783 diverrebbe applicabile.

Circa la deduzione affatto opposta, tratta dall' art. 783, già preventivamente la confutammo. Dilemma: o le condizioni e formalità richieste per l'accettazione della eredità spettata al minore non sonosi osservate; ed in tal caso la nullità dell' accettazione può dimandarsi *per vizio di forma*, a prescindere da ogni motivo di dolo o lesione (art. 1311; — 1265); ovvero, per contrario, le condizioni e le formalità richieste sonosi osservate; ed allora, l' accettazione regolarmente fatta in nome del minore (o dello stesso minore emancipato) ha lo stesso effetto che se provenisse da persona di maggiore età, nè più nè meno; e conseguentemente è rescindibile nei medesimi casi soltanto in cui l' accettazione stessa di un individuo di età maggiore fosse rescindibile (confr. *supra*, n.° 340).

Rimane ora, nella nostra dottrina, a spiegare la espressione *maggiore di età* adoperata nell' art. 783; ed agevole ci sembra siffatta spiegazione. Di fatti, se il legislatore ha adoperato tale espressione, la ragione si è forse aver volto il pensiero a' casi ordinarii ed a quanto più comunemente accade: a parer nostro, più probabilmente avrà voluto determinare le sole cause in forza di cui lo individuo di maggiore età potrebbe oppugnare la sua accettazione; ma non mai per negare al minore le cause di rescissione da lui concedute al maggiore di età; avvegnachè per contrario concede al minore altre cause pure di rescissione, negate al maggiore di età! (Confr. il nostro *Trattato della minore età*: ec. t. I, n°822, p. 613; Duranton, t. VI, n. 450-451; Marcadé, art. 783; Belost- Jolimont sopra Chabot. art. 783, *Osserv.* 1; Mazerat, id., nota 1; Chaulon, *Quest. di diritto*, t. II, p. 131 e seg.; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 153-154; Massé e Vergé, t. II, p. 407; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, art. 783, nota.)

535. — 2° Se l'errore non trovasi enunciato nell'art. 783 come causa di nullità o rescissione dell'accettazione, il motivo si è di fatti, in questa speciale materia, l' errore non poter avere tal carattere nè tale effetto.

A norma dell' art. 1110—1064 l' errore constituisce una causa di nullità della convenzione sol quando cada su la sotanza medesima della cosa che ne forma l' oggetto: or *la sostanza*, val dire le qualità sostanziali di una eredità, possono ad evidenza consistere nella maggiore o minore importanza del suo attivo: dunque l' errore, in simil caso, confondesi con la lesione.

È ben vero che l'errore può cadere altresì *in ipso corpore*, val dire su la stessa identità della cosa; ma precisamente il nostro Codice, come appresso ravviseremo, non si è intrattenuto intorno a cotesta specie di errore tanto nell'art. 783 quanto nell'art. 1109. Del resto abbiamo ravvisato che in simil caso l'accettazione della eredità sarebbe nulla e non semplicemente annullabile (confr. *supra*, n. 531; Demante, t. III, n. 103; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 576; Villequez, *Rivista di diritto franc. e straniero*, t. VII, p. 156.)

536—3°. Relativamente alla violenza, conviene non rivocare in dubbio essere una causa di nullità o rescission dell' accettazione (arg. dagli articoli 1109-1114 e seg.— 1063-1065).

Si dirà forse che l'art. 783 non ne fa menzione o che è desso limitativo?

Tale obbiezione non sarebbe grave.

Da un lato di fatti non è ben fondato il sostenere che l' art. 783 non faccia menzione della violenza: ne fa menzione, o almeno la sottintende ad evidenza, nel senso trovarsi la violenza compresa nel dolo, di cui è effettivamente una delle specie con circostanze aggravanti (confr. l. 4, § 33, ff. *de Dol. mal. et met. except.*)

E, d'altro lato, *a fortiori* al certo la violenza debbe formare qui, come sempre, una causa di rescissione; dappoichè agisce ancho più gravemente del dolo, al cospetto della legge, sul consenso; e la pruova si è che nei contratti l'azione di nullità emergente dalla violenza è *in rem*, mentre l'azione di nullità derivante dal dolo è semplicemente *in personam*, (confr. art. 1114 e 1116—1065 e 1070.) È ben vero che nella nostra speciale materia dell'accettazione dell'eredità il legislatore non ha voluto mantenere tal differenza fra il dolo e la violenza (*infra*, numero 538); e ciò altresì può spiegare come abbia scritto qui, relativamente al dolo, una speciale disposizione per derogare al diritto comune, disposizione non necessaria rispetto alla violenza, la quale rimaneva per contrario sotto l'impero del diritto comuno (confr. l. 85, ff. *de adquir, vel omitt. haered.*, Denizart, v. *Adiz. di eredità*, § 13, n. 6; Delvincourt, t. II, p. 29, nota 1; Toullier t. II, n. 325; Duranton, t. VI, n. 452; Chabot, art. 783, n. 3; Malpel, n° 196; Poujol, art. 783, n. 2; Demante, t. III, n. 103).

537.—Relativamente al dolo propriamente detto, richieggonsi due condizioni per formare, ne' contratti in generale, una causa di nullità, cioè:

1° Essere manifesto che, senza i dolosi rigiri, la parte che avevane formato l'oggetto, non avrebbe contrattato: è questo il *dolus dans causam contractui*;

2° Essersi praticati i rigiri medesimi da una delle parti (art. 1116—1070.)

È incontrastabile esser la prima di tali condizioni applicabile alla subbietta materia: è questo il senso dell'art. 783, il quale permette impugnare l'accettazione, quando sia stata *la conseguenza di un dolo*; e quindi l'accettazione potrà rescindersi per causa di dolo sol quando l'erede dimostrerà di fatti non avere accettato, senza i rigiri fraudolenti, mercè di cui vi è stato indotto.

Altronde compete al magistrato il valutare in fatto le circostanze da cui pretendesi farne emergere la pruova.

Il dolo assume tante svariate forme da tornare malagevole il darne una rigorosa definizione:

Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. — Cum aliud simulatur et aliud agitur... (l. 1, ff. *de dol. mal.*)

E, per esempio, nella subbietta materia, costituirebbe un dolo sommamente qualificato lo avere un creditore, per indurre l'erede all'accettazione pura e semplice, adoperato mezzi fraudolenti per fargli credere la esistenza di un attivo chimerico o la esistenza do'debiti, che per contrario conosceva tuttora sussistere.

Soggiungiamo pure che la semplice dissimulazione o reticenza potrebbe in alcuni casi constituire altresì un dolo (confr. arresto C. cass. 5 dic. 1838, Bourdonnay, Dev., 1838, I, 951; Pothier, *della Vendita*, n. 235 e seg., e n. 295 e seg.; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing. t. II, n.° 57).

538. — Ma la seconda condiziuno, testè riferita (*supra*, n. 537), è forse qui parimente necessaria? In altri termini, è forse mestieri, per essere il dolo una causa di nullità dell'accettazione, essersi praticato *da una delle parti*? Il dolo in tali congiunture potrebbesi praticare:

Sia da' creditori o legatarii, i quali volessero assicurare il pagamento de' loro crediti o legati;

Sia da' coeredi i quali, dopo avere imprudentemente accettato una onerosa eredità, volessero non soggiacere al carico emergente dall'accrescimento (art. 786 — 703), ovvero i quali avessero interesse all'accettazione del loro coerede, per giovarsi della collazione cui andrebbe allora sottoposto verso di essi;

Sia finalmente (la qual cosa sarà molto più rara) da un terzo estraneo alla eredità, il quale, senza interesse per sè medesimo, avesse agito nello interesse di qualcuno de' creditori, legatarii o coeredi, senza complicità, la parte di costoro.

Ebbene! adunque trattasi conoscere se, da chiunque siasi praticato il dolo, constituisca sempre, verso e contro tutti, una causa di nullità dell'accettazione.

Si è insegnato che l'art. 1116 tornava applicabile nella subbietta materia, e che quindi faceva mestieri essersi il dolo praticato *da una delle parti*; poscia dalla premessa così fermata si è desunta la duplice conseguenza.

Da un lato, che se il dolo si fosse praticato da un terzo, senza complicità de' creditori, nè de' legatari, nè de' coeredi, non constituirebbe una causa di nullità dell'accettazione, e che darebbe luogo soltanto ad un' azione di danni-interessi avverso l'autore del dolo;

E, d'altro lato, che se il dolo si fosse praticato da uno de' creditori, o legatarii, o coe-

redi, l'accettazione sarebbe rescindibile verso tutti i legatarii e tutti i coeredi; dappoichè, in tal caso, il dolo sarebbe stato effettivamente praticato *da una delle parti* (confr. Delvincourt, t. II, p. 29, nota 1; Chabot, art. 783, n. 5; Malpel, n. 196. nota 1).

Ma ci sembra agevole dimostrare essere tal dottrina contraria al testo medesimo dell'art. 783, del pari che a' veri principii:

1.° A norma dell'art. 783 l'erede può far dichiarare nulla la sua accettazione, quando sia stata *la conseguenza di un dolo usato verso di lui*;

Or tal compilazione, infinitamente diversa da quella dell'art. 1116, non richiede che il dolo siasi praticato da una delle parti; mentre l'art. 1116. diretto *in personam*, può solo applicarsi al *dolus adversarii*; per contrario l'art. 783 è conceputo *in rem, generaliter*;

Dunque non potrebbesi, senza violare il testo medesimo della legge, negare il beneficio della restituzione all'erede, il quale dimostri che la sua accettazione *è stata la conseguenza di un dolo usato verso di lui*, chiunque possa essere altronde l'autore del dolo medesimo.

2.° Di fatti, per massima, grave è la differenza, sotto questo rapporto, fra un contratto ed un'accettazione della eredità.

Il contratto è il risultamento de' consensi riuniti di tutte le parti; e ciascuna di esse, obbligandosi, ha dovuto poggiare su la obbligazione che l'altra parte reciprocamente assumeva verso di lei. Dunque ben si comprende che l'azione di nullità, per causa di dolo, non possa venire opposta alla parte la quale non abbia partecipato a'raggiri dolosi, e che l'altra parte, colpevole di avere indebitamente riposto fidanza in persone terze, abbia una semplice azion personale di risarcimento avverso tali persone: soggiungniamo avere il contratto effetto tra le sole parti contraenti.

Per contrario l'accettazione di una eredità è un atto di volontà meramente unilaterale; nè i coeredi, nè i creditori, nè i legatarii vi sono concorsi: essi argomentano soltanto dall'atto provegnente dall'erede per desumerne avverso di lui un'accettazione; epperò torna sommamente consentaneo alla logica ed alla equità che possono considerare l'atto medesimo qual'è, e che l'erede abbia conseguentemente diritto di oppor loro tutte le cause di nullità onde l'atto da essi invocato trovasi colpito. E pongasi mente che non ne potrebbero obbiettare rendersi più grave in ciò la loro posizione, nè che si tolga loro un diritto su cui avessero poggiato; avvegnachè l'erede non ha assunto verso di essi direttamente veruna obbligazione: ciò che dimanda si è che i creditori e gli altri rimangano nel medesimo stato che se l'atto stesso, viziato da dolo, non avesse avuto luogo: soggiunguiamo che l'accettazione, a differenza del contratto, ha un effetto generale, e che essa astringerebbe indefinitamente l'erede, se venisse allora mantenuta verso tutti coloro i quali han diritti avverso la eredità.

3.° Finalmente, chi non iscorge che la opposta dottrina cade in una flagrante contraddizione, la quale di necessità l'annienta, quando conviene che il dolo constituirà una causa di nullità avverso tutti i creditori, tutti i legatarii e tutti i coeredi, anche quando si fosse praticato da un solo tra essi, senza complicità da parte degli altri? Di fatti è manifesto che il creditore il quale abbia usato il dolo, è una *parte* ne'suoi rapporti con l'erede da lui ingannato e che è un terzo relativamente a tutti gli altri creditori, a tutti i legatarii ed a tutti i coeredi. Per essere conseguente in cotesta dottrina, sarebbe stato uopo adunque che il dolo formasse una causa di nullità dell'accettazione sol quando si fosse usato da tutti i creditori, da tutti i legatarii e da tutti i coeredi. Non si è giunto sino a questo segno; e con massima certezza si è saggiamente proceduto. Ma allora sarebbe stato necessario abbandonare la intera dottrina.

Dunque conchiudiamo che, in conformità dell'art. 783, il dolo è una causa di nullità dell'accettazione, sia qualunque la persona che l'abbia esercitato: è ben vero che i romani giureconsulti non ammettevano indistintamente cotesta soluzione, e che concedevano, sia l'azione *di dolo*, sia talvolta la sola accettazione (confr. L. XC, ff. *de dolo malo*); ma tal soluzione, la quale spiegavasi in Roma mercè particolari principii, non potrebbe venire ammessa nel nostro diritto, come crediamo aver dimostrato (confr. arre- C. cass. 6 dic. 1838, Robiuot, Dev., 1838, 1, 945; Duranton sopra Toullier, t. II, n. 336; Duranton, t. VI, n. 454; Vazeille, art. 783, n. 87; Poujol, art. 783, n.° 2; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 784, *Osserv.* 3; Marcadé, art. 783, n. 5; Taulier, t. III, p. 213; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n.° 577; Demante, t. III, n. 403 *bis*, 1; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 151; Massé e Vergé, t. II, p. 308).

539. — Neppure crederemmo possibile mantenere, come obbligatorio per l'erede, dopo la rescissione della sua accettazione, l'atto qualsivoglia, novazione, delegazione, transazione o altro, da lui conseotito, per effetto del dolo di un terzo, verso uno o più creditori della eredità, senza complicità da parte loro.

Di fatti quando l'erede avrà ottenuto, per causa di dolo, la rescissione dell'accettazione che sarebbesi potuto inferire contro di lui dall'atto medesimo, ci sembra indubitato che tale atto dovesse svanire, avendolo fatto in qualità di erede e venendo restituito precisamente contro questa qualità e contro tutte queste conseguenze (confr. Duranton, t. VI, n.° 455.)

540. — Da ultimo giungiamo alla lesione considerata come causa di rescissione dell'accettazione: ed è questo al certo il lato più delicato della subbietta materia.

La lesione, in simil caso, può provenire da due principali cause:

Sia dall'aumento del passivo, per lo scoprimento di debiti dapprima ignoti, *improvisis debitis*, dichiarava Giustiniano (L. 22, *Cod. de jure delib.*);

Sia dalla diminuzione dell'attivo, per effetto della rivendicazione di beni ereditarii fatta da terzi, dello annullamento, della rescissione, o della risoluzione di atti qualsivogliano, contratti, donazioni o testamenti, i quali avessero conferito al *de cujus* la proprietà di alcuni beni.

Trattasi conoscere se la lesione suscettiva di emergere, in detrimento dell'erede, da tali diverse cause, gli permettesse dimandare la rescissione della sua accettazione.

Semplicissima è la risposta: e conviene statuire per la negativa, tranne il caso in cui la lesione emerga, nelle condizioni dalla legge determinate, dallo scoprimento di un testamento.

Un primo argomento comune a tutte le altre specie di lesione dimostra dapprima perentoriamente nessuna di esse poter costituire una causa di rescissione dell'accettazione:

La lesione, in generale, nel nostro diritto, forma una causa di rescissione in tali casi rarissimi e tassativamente stabiliti dalla legge (art. 887, 1118, 1305, 1674 1854—807, 1072, 1259, 1520, 1726); e specialmente, nel nostro subbietto, l'art. 783 ha determinato limitativamente in quali casi la lesione potrebbe far rescindere l'accettazione;

Or, in conformità di detto articolo, il solo caso in cui la lesione possa produrre tale effetto è quello in cui la eredità trovisi assorbita o diminuita di più di metà per lo scoprimento di un testamento ignoto nel momento dell'accettazione; ed i termini della legge sono, all'obbietto, restrittivi per quanto è possibile: « Il maggiore di età non può addurre mai verun reclamo sotto pretesto di lesione, toltone SOLTANTO il caso..., ec. »

Dunque di fatti, tolto SOLTANTO questo caso, l'accettante non può MAI, per alcuna altra causa di lesione, reclamare avverso la sua accettazione.

E l'argomento desunto dal predetto articolo è tanto più decisivo in quanto che i lavori preparatorii dimostrano energicamente al pari del testo cotesto intendimento del legislatore.

Di fatti è da riflettere che, in conformità del progetto del Codice civile, comunicato ai tribunali, l'accettazione non poteva mai rescindersi sotto pretesto di lesione, ma soltanto per causa di dolo.

L'art. 88 del progetto (corrispondente all'art. 783) era così concepito:

« L'accettazione espressa o tacita del maggiore di età non può rivocarsi, eziandio sotto pretesto di lesione; può rinunziare alla eredità così accettata nel solo caso in cui tale accettazione fosse stata la conseguenza di un dolo usato verso di lui. » (Fenet, t. II, p. 139.)

Il tribunale di Cassazione dimandò che venissero introdotte due cause di rescissione per lesione; e propose compilare l'art. 88 del progetto nel seguente modo:

« La espressa o tacita accettazione dello individuo di maggiore età non può rivocarsi, eziandio sotto pretesto di lesione; egli può rinunziare alla eredità così accettata ne'casi susseguenti: 1° Se l'accettazione sia stata la conseguenza di un dolo usato verso di lui; 2° *Se, posteriormente all'accettazione, l'attivo della eredità si trovasse assorbito o diminuito più della metà*, sia per la esibizione di un testamento sino allora ignoto, sia per lo annullamento di atti non impugnati nel momento dell'accettazione. » (Fenet, t. II, p 569);

Or i compilatori del Codice, nell'art. 783, hanno ammesso una delle due cause di rescissione per lesione proposte dal tribunale di Cassazione; hanno ammessa quella che po-

trebbe emergere dall' scoprimento di un testamento ignoto;

Dunque han voluto poscrivere quella che potrebbe emergere dall' annullamento di atti, e tutte lo altra.

541.—È mestieri inferirne che lo scoprimento di debiti ignoti nel momento dell' accettazione non potrebbe constituire una causa di rescissione, per quanto considerevoli ed impreveduti si vogliano supporre.

È stato questa sempre la regola generale:

Sia per diritto romano, se si eccettuino i privilegii conceduti,nella subbietta materia come in molte altre, a'minori di venticinque anni ed a'militari, e salvo ancora talune restituzioni, che persone di maggiore età ottennero talvolta a titolo di favori individuali (confr. § 5 e 6, Inst. *de haered. qualit. et differ*, L. 22, *Cod. de jure delib.*);

Sia per nostro antico diritto francese,se si eccettuino altresì talune rescissioni le quali, in circostanze straordinarie, vennero concedute a persone di maggiore età con giudicati, i quali, secondo le espressioni di Pothier, *non debbono menare a conseguenza alcuna* (*delle Success.*, cap. III, sez. III, § 4; confr. pure Basnage su l' art. 225 della cons. di Normandia). Nonpertanto è uopo osservare che la giurisprudenza del parlamento di Aix, generaleggiando il rescritto di Adriano (nel § 6 su riferito,) sembra aver conceduto il benefizio della restituzione ad ogni erede, per motivo di debiti considerevoli scoperti dopo l'accettazione (confr. Montvallon, *delle Success.*, cap. III, art.18), ma il diritto in generale era opposto: e precisamente ciò faceva dire a Lebrun essersi risguardata l'accettazione *come eventuale per un avvenimento incerto* (lib. III, cap. I, n. 44.)

Tal è pure al certo oggidì il nostro diritto. Di fatti avendo Réal dimandato, nella seduta del Consiglio di Stato del 9 nevoso anno XI, « che l'erede potesse recedere dalla sua accettazione, quando si scoprisse un credito ignoto nel momento in cui si dichiarò erede , ed il quale assorbisse o diminuisse di più della metà la credità, » gli venne risposto da Tronchet « che cotesto favore arrecherebbe troppo grave impaccio all'andamento degli affari, e che il rimedio a tale inconveniente era il benefizio dello inventario. » (Fenet, t. XII, p. 45-46; confr. Duranton, t. VI, n. 459; Chabot, art. 783, n. 7; Malpel, n. 196; Poujol, art, 783, n. 4; Marcadé, art. 783, n. 3; Demante t. III, n. 103 *bis*, VI.)

512.—Similmente, in senso inverso, l'erede non potrebbe rinvenire una causa di rescissione della sua accettazione nella circostanza che l'attivo creditario fosse soggiaciuto posteriormente ad una diminuzione per quanto potesse questa essere considerevole ed impreveduta; sia per effetto di rivendicazioni esercitate da persone terze;sia per effetto della risoluzione, dell' annullamento o della rescissione degli atti consentiti dal defunto, o della perdita di una causa relativa ad un oggetto creditario; sia per effetto della estinzione di diritti vitalizii di usufrutto, o di abitazione, che aveva il *de cujus*, su beni di cui, nel momento della sua accettazione, l'erede credeva per contrario, ed aveva potuto credere, con somma buona fede, che avesse avuto la piena proprietà.

Abbiamo osservato innanzi che il Consiglio di Stato precisamente negò di ammettere tal causa di rescissione proposta dal tribunale di Cassazione (*supra*, n. 540; confr. pure Furgole *de' Testam.*, cap. X, sez. I, n. 51.)

543.—La stessa soluzione è applicabile al caso in cui la diminuzione dell' attivo creditario provenisse da donazione tra vivi, fatta dal *de cujus*, sia di mobili o immobili, con riserva di usufrutto sua vita durante, sia di somme o quantità qualsivogliano, a condizione di pagarsi dopo sua morte.

L'erede, il quale avesse accettato ignorando tal donaziono, rimarrebbe sempre dappoi irrevocabilmente erede.

Indarno obbietterebbesi che la donazione tra'vivi debba andare,in simil caso,assimigliata al testamento, e che non evvi, circa i risultamenti nocevoli, che cotesta liberalità, dapprima ignota, arreca all'erede veruna ragion di distinguere se abbia avuto luogo tra vivi o per testamento, qualora, in ambedue i casi, siasi scoperta dall' erede dopo la sua accettazione. Or ora ravviseremo (*infra*, n. 545), se vi fossero per contrario ragioni di differenza fra l' uno e l' altro modo di liberalità; ma ci basta qui rispondere che il testo dell'articolo 783 applicasi al solo *testamento*, e che quindi esclude la donazione tra vivi ed eziandio la donazione de'beni futuri.

Ciò che potrebbesi semplicemente pretendere si è che, ove trattisi di donazione d'immobili la cui trascriziono non fosse seguita, l'erede potrà opporre la mancanza di trascrizione (confr. art. 939 e 941—863 ed 865). Laonde di fatti, nel nostro antico diritto, gli eredi del donante potevano opporre la man-

canza d'insinuazione delle donazioni tra vivi (art. 27 della ord. del 1731; confr. pure Montvallon *delle Success.*, cap. III, art. 9, Lebrun, lib. III, cap. I, n. 44.)

Ed è mestieri puro aggiugnere che, nella seduta del Consiglio di Stato del 12 ventoso anno XI, quando volevasi surrogare alla formalità della insinuazione quella della trascrizione, Tronchet vigorosamente insistette pel mantenimento della iusinuazione con gli effetti attribuitile dalla ordinanza:

« La insinuazione, egli diceva, ha nel principio suo e ne' suoi effetti un obbietto molto più ampio e vantaggioso della trascrizione: essa preserva gli eredi dal pericolo di accettare una eredità addivenuta onerosa per effetto di una donazione fatta con riserva di usufrutto... » (Fenet, t. XII, p. 361.)

Parecchi giureconsulti han conseguentemente sostenuto, sotto lo impero del Codice, che, se l'art. 783 parla del solo testamento, la ragione si è che, rispetto alla donazione tra vivi di un immobile, è mestieri del seguente dilemma: o è stata trascritta, ed allora l'erede non ha dovuto ignorarla; o non è stata trascritta, ed allora non gli arreca nocumento, potendo opporre la mancanza di trascrizione (confr. Bugnet sopra Pothier, t. VIII, p. 389; Mourlon *Rep. scrit.*, t. II, p. 96 e 297.)

La generale dottrina si è nulladimeno fermata in senso opposto;e, in quanto a noi, avvisiamo cotesta dottrina essere ben fondata. Altronde non è questo il luogo di esaminare siffatta tesi speciale: dunque ci basta assodare:

1° Che, per assentimento di tutti, lo scoprimento di una donazione ignota nel momento dell'accettazione, non constituisce in verun caso una causa di rescissione di tale accettazione;

2° Che neppure altro rimedio viene offerto all'erede, per assentimento di somme o di quantità qualsivogliano;

3° Che, ove trattisi di donazione d'immobili, non trascritta, l'erede potrebbe, a credere di alcuni, opporre la mancanza di trascrizione,ma che questa medesima proposizione è contraria alla opinione generalmente seguitata (confr. Merlin *Rep.*, v. *Donazione*, sez. VI, § 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 321; Marcadé, art. 783 n. 3; Troplong, *delle Donaz. e de'Testam.*,t. III, numero 1177.)

544.—Dunque rimane, come l'unica causa di lesione, per cui il Codice abbia ammesso essere rescindibile l'accettazione, lo scoprimento di un testamento ignoto, il quale assorbisca o diminuisca la eredità più della metà.

Il tribunale di cassazione,il quale propose, come osservammo (*supra*, n. 540), ammettere cotesta causa di rescissione, invocò in tal senso *il sussidio di una costante giurisprudenza* (Fenet, t. II, p. 569).

E non pertanto abbastanza generalmente s'inclina a credere che tal disposizione del Codice Napoleone è interamente di novello diritto e non trae origine menomamente dal passato (confr. Villequez, *Rivista di dir. franc. e straniero*, t. VII, p. 160).

È ben vero non potersi farla risalire al romano diritto (*confr. supra*, n. 522).

Ma puossi divisare la nostra antica giurisprudenza francese averne suggerito la idea a coloro che la proposero. Di fatti Lebrun, il quale sottopone in generale alle stesse cause di rescissione l'accettazione e la rinunzia, insegnava potersi essere rilevato dalla rinunzia « per ignoranza di fatto, come se venga scoperto un falso testamento, il quale, se fosse stato valido, avrebbe assorbito o estremamente diminuito la eredità » (lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 42): o con somma verosimiglianza è questa la origine della disposizione dell'art. 783.

545. — Checchè ne sia, i lavori preparatorii ci somministrano pochissimi chiarimenti circa i motivi che determinarono, in tal circostanza, il novello legislatore; quindi tal disposizione cotanto laconica dell'art. 783 è addivenuta la sede d'innumeri e gravi contese.

E primamente per qual ragione adunque gli autori del Codice, i quali non han voluto che l'accettazione fosse rescindibile per causa di lesione emergente dallo scoprimento di debiti o alienazioni a titolo oneroso o a titolo gratuito, scoperti dappoi, hanno per contrario ammesso che sarebbe rescindibile per causa di lesione risultante dallo scoprimento di un testamento?

Di fatti puossi sostenere e si è sostenuto che l'erede ha quasi sempre, mezzi pressochè certi di conoscere lo stato degli affari e dei beni di fortuna del *de cujus*: le abitudini di costui,la prudenza sua, la sua maggiore o minore economia formano una maggiore o minore inclinazione alla spesa o ad operazioni rischiose,la stessa sua professione, tutti questi elementi somministrano indizii presso-

chè indubitati: altronde il defunto non ha potuto contrarre debiti, consentire vendite, far donazioni tra vivi, ec., senza comparire per lo più avanti a' pubblici uffiziali, da cui si saranno rogati atti autentici, e senza porsi in relazione con persone terze le quali, lungi dal nascondere i loro titoli, daranno loro in generale, come è loro interesse praticare, la maggior possibile pubblicità.

Per contrario oltremodo diverso è il testamento, il quale è un atto quasi sempre segreto, che nascondesi sopra tutto agli eredi presuntivi, ad obbietto di non privarsi dell'affezione loro e delle loro cure, e che si nasconde ad essi con tanta maggior diligenza, in quanto che le disposizioni che contiene debbono tornar loro di maggior nocumento!

Indubitatamente tali considerazioni sono risultato di osservazione alquanto esatta dei costumi; ed è forza ammettere venire, sotto taluni rapporti, corroborate dalla sperienza.

Ma non pertanto è forse vero essere decisive e sufficienti a giustificare la differenza stabilita dal Codice tra'debiti ed i legati? Per contrario non potrebbesi rispondere che l'erede, ad onta delle sue investigazioni, non riuscirà sempre a conoscere il vero stato degli affari del defunto, e che anche il più avveduto ed il più circospetto potrà più di una volta venire ingannato per la comparsa affatto inopinata di debiti ignoti o alienazioni fatte dal *de cujus* con riserva di usufrutto; mentre per contrario, per la ragione medesima essere il testamento un atto segreto, l'erede debbe sempre preservarsi da cotesto periglio; e di fatti era questo il sentimento del consigliere di Stato Réal, il quale affermava che *il credito produce, nella ipotesi, lo stesso male del testamento*(Fenet, t. XII, p. 45).

Non pertanto la differenza si è stabilita; e dobbiamo ora disaminare siffatta causa di rescissione.

546. — La prima condizione richiesta per essere questa causa di rescissione applicabile si è che il *testamento sia stato ignoto nel momento dell'accettazione*.

Se dunque l'erede avesse saputo, nel momento della sua accettazione, che esisteva un testamento, non sarebbe restituibile, anche quando non avesse conosciuto le disposizioni racchiuse nel testamento medesimo: allora potrebbe accagionare solo a sè stesso, alla propria imprudenza la lesione, per quanto fosse notevole, cui soggiacerebbe (confr. Chabot, art. 783, n. 6).

547. — Altronde spetta all'erede, il quale pretende che il testamento novellamente scoperto eragli ignoto nel momento della sua accettazione, il somministrare la pruova della sua assertiva.

Indarno addurrebbe trattarsi qui della pruova di un fatto negativo, cioè non conoscere il testamento.

Imperocchè tal pruova si risolve in pruova di un fatto affermativo opposto, cioè lo scoprimento del testamento in determinata epoca, in determinate circostanze, da cui i magistrati potranno inferire che l'erede nol conosceva dapprima (arg. dell'art. 1315—1269; l. 2, ff. *de probat.*; Duranton, t. VI, n. 457).

548. — Abbiamo già desunto dal predetto art. 783 la conseguenza esser l'erede puro e semplice tenuto, sotto l'impero del Codice, de'legati come de'debiti, *ultra vires* (*supra*, n. 522).

E di fatti se ne fosse tenuto sino alla concorrenza del valore de' beni, lo scoprimento di un testamento non potrebbe lederlo; potrebbe indubitatamente privarlo di un vantaggio, ma non arrecargli una perdita.

Per esempio una successione nel momento in cui si apre, offre 100,000 fr. di attivo e 50,000 di passivo: l'erede l'accetta; e poscia scopresi un testamento racchiudente legati, i quali ascendono a 60,000 fr.

Ben si comprende che, se l'erede è obbligato a pagare tutti i legati, eziandio *ultra vires*, soggiacerà in tal caso ad una lesione, val dire ad una perdita su' beni proprii, essendo l'attivo di 100 e trovandosi il passivo ora asceso a 110.

Ma per contrario, se si sostiene che l'erede è tenuto de' legati *intra vires*, il testamento medesimo non potrà lederlo, gli basterà abbandonare a' legatarii i 50,000 fr. di attivo che gli rimangono dopo soddisfatti il passivo, e tutto si troverà finito!

Non pertanto cotesta interpetrazione non è stata ammessa, e ben si comprende non poter venire ammessa da'giureconsulti, i quali insegnano che l'erede puro e semplice è tenuto de' legati *intra vires emolumenti*: dunque è stato loro uopo spiegare diversamente l'art. 783: e di fatti eglino han dato di cotesto articolo due diverse spiegazioni, che noi dobbiamo disaminare:

549. — A. La prima spiegazione consiste nel sostenere che, se l'erede, il quale abbia accettato puramente e semplicemente, trovasi quindi sottoposto all'obbligo di soddisfare

tutti i debiti noti ed ignoti, la ragione si è aver poggiato su la totalità dell' attivo per soddisfarli;

Or un testamento ignoto che viene scoperto gli toglie più della metà dello attivo medesimo su cui poggiava, e lo lascia esposto in avvenire a tutti i debiti nuovi ed ignoti, che potessero dappoi scoprirsi;

Dunque trovasi abbandonato ad eventi molto più pericolosi di quelli cui aveva inteso esporsi; dappoichè, rimanendo sottoposto agli stessi pesi noti o ignoti, perde totalmente o nella maggior parte l'attivo con cui avrebbe potuto soddisfarli!

Se si obbietti a'promatori di cotesta dottrina che l'erede. al postutto, non rimarrà leso; avvegnachè, a creder loro, non sarà tenuto di pagare i legati, rispondono potere, per contrario, esser tenuto a pagare i legati racchiusi nel testamento nuovamente scoperto; dappoichè nel momento del suo scoprimento quei legati non eccederebbero l'attivo; e soggiungono che, nel caso in cui venissero scoperti dappoi, dopo soddisfatti i legatarii, debiti novelli, l'erede sarebbe debitamente tenuto soddisfarli *de suo*, qualora non fosse rilevato dalla sua accettazione.

E da ultimo, se si obbietti loro altresì che, nella ipotesi medesima da essi supposta, l' erede, secondo la loro dottrina, avrebbe regresso contro i legatarii da lui indebitamente così soddisfatti, replicano che il regresso medesimo potrebbe tornare inefficace per effetto della insolvibilità di quei legatarii.

Ecco, secondo cotesta prima spiegazione, la ipotesi cui il legislatore volse la mente, ed il ragionamento da cui venne persuaso nell'art. 783 (confr. Demante, t. III, n. 103 e 103 *bis*, III; Mourlon, *Rep. Scrit.* t. II, p. 97-98; Marcadé, art. 783, n. 3; Villequez, *Rivista di dir. franc. e straniero*, t. VII, p. 234-235).

Ma, rispetto a noi, non sapremmo credere essere ammissibile tale interpretazione:

1° Da un lato l'art. 783 permette solo per causa di *lesione*, in simil caso, il reclamo dell'erede; d' altro lato il vocabolo *lesione* implica necessariamente la idea di una perdita indubitata, di un nocumento reale ed effettivo, e non semplicemente di un timore di perdita eventuale, nè di un semplice pericolo di possibile nocumento;

Or, per contrario, in conformità della dottrina da noi oppugnata, l'erede potrebbe reclamare avverso la sua accettazione, comunque il testamento non gli arrecasse veruna specie di lesione, e per lo incerto evento di una lesione meramente eventuale;

Dunque cotesta dottrina è compiutamente dissonante dal testo medesimo della legge.

2° E crediamo poter soggiungere essere del pari dissonante da' veri principii.

Come! vuolsi permettere all' erede d' impugnare la sua accettazione per causa di *lesione*, quando rimarrà ancora presso di lui una parte più o men considerevole dell' attivo ereditario! L'attivo della eredità, quando l'erede l'abbia accettata, era, a cagion di esempio, di 10, 000 fr., ed il passivo di 30, 000: scopresi un testamento racchiudente legati ascendenti a 60, 000 fr., val dire rimane ancora all' erede un *boni* di 10, 000 fr. dopo soddisfatti i debiti ed i legati; e precisamente a cotesto erede vuolsi permettere reclamare per causa di *lesione!*

Sia pure, dicesi: egli non rimane leso; *egli non soggiace a veruno nocumento;* ma possono scoprirsi, dopo soddisfatti i legati, debiti novelli; e se i legatarii soddisfatti si trovassero allora insolvibili, l' erede sarebbe leso! ebbene! *precisamente questa unica eventualità di lesione ha determinato il legislatore a permettere l'annullamento dell'accettazione* (Marcadé, *loc. supra cit.*)

Ma ciò torna davvero impossibile:

Primieramente, come abbiam detto, perchè il legislatore permette il reclamo per causa di *lesione*, e non già, come affermasi, per causa di *semplice eventualità di lesione*;

In secondo luogo, perchè questa serie d'ipotesi ed eventualità non trovasi nel evidenza premeditata dal legislatore, il quale si ferma, senza andare più oltre, al fatto della scoprimento del testamento per rinvenirvi la causa diretta ed immediata della lesione, ed il quale non suppone menomamente i due altri fatti che sonosi qui escogitati, cioè lo scoprimento posteriore di novelli debiti e la insolvibilità de'legatarii soddisfatti;

In terzo luogo, perchè in queste ultime ipotesi di fatti la lesione non emergerebbe dallo scoprimento medesimo del testamento dapprima ignoto, ma dallo scoprimento di novelli debili, di cui precisamente il Codice non ha formato una causa di rescissione;

Finalmente in quarto luogo, perchè, nella dottrina da noi oppugnata, è forza convenire che, in taluni casi, l' erede non potrebbe reclamare per causa di lesione, anche quando la eredità si trovasse diminuita più di metà o

assorbita per lo scoprimento di un testamento dapprima ignoto, cioè nel caso in cui al tempo di tale scoprimento l' attivo della eredità si trovasse assorbito mercè il pagamento de' debiti già noti. L'attivo nel momento dell'accettazione era di 100,000 fr.; i debiti attualmente noti sono di 120,000 ; in tale stato di cose scopresi un testamento racchiudente legati ascendenti ad 80 ovvero 100,000 fr. Nel sistema da noi oppugnato l'erede, non avendo più attivo ereditario presso di lui, nulla debbe pagare a' legatarii : quindi nulla ha a temere dalla loro insolvibilità; e conseguentemente viene statuito non poter egli invocare l' art. 783 (confr. Mourlon, *loc. supra cit.*, il quale cita in questo senso Valette). Indubitatamente siffatta soluzione è logica in cotesto sistema; ma essa dimostra vieppiù , a parer nostro,per la ragione stessa che necessariamente ne discende,la mal ferma base del sistema medesimo ; avvegnachè il testo dell' art. 783 trovasi qui manifestamente disconosciuto e trasgredito!

550 — B. A norma di altra spiegazione il legislatore , nell' art. 783 , avrebbe avuto in mira la lesione la quale, per effetto dello scoprimento di un testamento, emergerebbe, per l'erede, dall' obbligo della collazione assunto verso i suoi coeredi,accettando sia puramente e semplicemente , sia col benefizio dello inventario.

Suppongasi , per esempio , una eredità di 100,000 fr. e due eredi, uno de'quali abbia ricevuto tra vivi , senza esenzione dalla collazione , 50,000 fr. È manifesto che in tale stato l'erede donatario ha interesse ad accettare , dappoichè conferendo 50 ne prenderà 75. Dunque egli accetta ! ma poscia scopresi un testamento racchiudente legati del valore di 80,000 fr., ed il quale conseguentemente riduce la eredità a 20,000 fr. Allora che mai avviene? che l'erede, il quale abbia conferito 50, ne prenderà 35 ; dappoichè la massa totale trovasi ridotta a 70 , ed in conseguenza della sua accettazione soggiace alla perdita di 15.

Tal è, dicesi, la ipotesi a cui applicasi l'art. 783 , e quindi l' articolo medesimo non implica menomamente la idea che l'erede puro o semplice sia tenuto de' legati *ultra vires* e su'suoi beni particolari,applicandosi all'erede beneficiato del pari che all'erede puro e semplice.

Ciò che dimostra, aggiugnesi, esser questa la specie di lesione contemplata qui dal legislatore, si è che, se si trattasse di una lesione da cui l'erede avrebbe potuto premunirsi accettando col benefizio dello inventario , non vi sarebbe stato motivo per formarne una causa di rescissione della sua accettazione pura o semplice. Di fatti qual risposta si fece mai a Réal in Consiglio di Stato , quando dimandò che l'erede venisse rilevato dalla sua accettazione per lo scoprimento di debiti ignoti? gli si rispose che il preservativo avverso il pericolo da lui additato si era il benefizio dello inventario (Fenet, t. XII, p. 46): or cotesto rimedio sarebbe sussistito avverso la lesione emergente dall' apparizione di legati dapprima ignoti del pari che avverso quella la quale potrebbe emergere dall' apparizione di debiti dapprima ignoti : dunque, per spiegare l'art. 783,è forza rinvenire una lesione della quale l' erede non avrebbe potuto preservarsi, eziandio col benefizio dello inventario , e che non si possa quindi ascrivere a colpa sua , nè a sua imprudenza ; or cotesta lesione può essere soltanto quella risultante dall' obbligo della collazione , como nell'addotto esempio (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing , t. II , n. 581 ; Villequez, *Rivista di diritto franc. e straniero*, t. VII, p. 236).

Questa seconda spiegazione dell' art. 783 non ci sembra menomamente annientar quella da noi testè data.

E primieramente cominceremo dallo ammettere che il predetto articolo potendo , in conformità de' suoi termini , applicarsi alla ipotesi testè addotta, dovrebbe effettivamente farsene l'applicazione.

Ma ci affrettiamo a soggiugnere che tale ipotesi non è al certo, a parer nostro, quella cui miravano i compilatori dell'art. 783.

1.° Di fatti la disposizione del predetto articolo è generale ed assoluta;

Or, per contrario , a norma della interpetrazione che ci facciamo a disaminare in questo istante, non sarebbe, nella maggior parte de'casi, suscettiva di alcuna applicazione.

Laonde, da un lato, non potrebbe mai applicarsi nel caso in cui la eredità si trovasse devoluta ad un erede unico ; dappoichè l'obbligo della collazione richiede il concorso di più coeredi.

E, d' altro lato, eziandio nel caso in cui la eredità fosse devoluta a più eredi, converrebbe ancora supporre una riunione di circostanze eccezionali per rinvenire una possibile applicazione di quello articolo!

2.° Altronde riflettiamo che l'art. 783 trovasi collocato nella lesione in cui il legislatore si è più specialmente intrattenuto intorno all'accettazione pura e semplice; epperò non potrebbesi dubitare che, nella sua mente, la specie di lesione, dalla quale ha inteso rilevare l'erede, presentavasi come speciale consegnenza e come un particolar periglio dell'accettazione pura e semplice; val dire, per conchiudere como cominciammo, avere inteso che l'accettazione pura e semplice avrebbe obbligato a pagare i legati *ultra vires*, se non gli avesse permesso di dimandarne la rescissione.

Concediamo che l'art. 783, per la generalità de'suoi termini, si applichi altresì al caso di accettazione col benefizio dello inventario, e per una lesione emergente dall'obbligo della collazione, comunque tale ipotesi, a parer nostro, non siasi con somma verosimiglianza premeditata dal legislatore; ma ciò che ci pare impossibile si è non volersi applicare il predetto articolo alla ipotesi medesima, cui il legislatore ha direttamente o piuttosto esclusivamente mirato! (Confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 152).

551. — Il legislatore, ammettendo eccezionalmente la riscissione dell'accettazione per causa di lesione, ha voluto almeno che questa lesione fosse di gravezza tale da meritar l'erede di fatti un sussidio; e richiede che la credità si trovi assorbita o diminuita più di metà da' legati contenuti nel testamento.

L'art. 783 adopera il vocabolo *eredità*; e questo vocabolo comprende la intera eredità, beni o debiti, attivo e passivo. Dunque qui trattasi non solo della metà dell'*attivo netto*, ma della metà dell' *attivo lordo*; e lo essenziale motivo della legge impone ad evidenza altresì cotesta interpetrazione.

Dunque suppongasi una eredità composta di 100,000 fr. di attivo e 60,000 di passivo: se il testamento novellamente scoperta racchiuda legati di un valore di 49 o 50,000 fr., l'accettazione non sarà rescindibile; dappoichè questi legati non diminuiscono *più della metà* la eredità, la quale è, della nostra ipotesi, di 100,000 fr.; è ben vero che l'erede potrà soggiacere alla perdita, su' proprii beni, di una somma di 9, o 10,000 fr., dappoichè i 50,000 fr. di legati. riuniti a'60,000 di debiti, eccedono di 10,000 fr. l'attivo ereditario; ma siffatta lesione non è sembrata sufficiente per venire rilevato l'erede: dunque ciò che sarebbe necessario, nella proposta specie, per essere rescindibile, si è che i legati racchiusi nel testamento ascendessero ad un valor maggiore di 50, 000 fr. (confr. Duranton, t. VI, n.° 461; Mourlon, *Rep. scrit.*, t. II, p. 99.)

552.—L'art. 783 adopera eziandio il vocabolo *testamento* in modo generico, ed il quale parrebbe comprendere tutte le disposizioni testamentarie qualsivogliano, senza distinguere i legati universali, a titolo universale o a titolo particolare.

Forse non è da fare qui veruna distinzione tra le diverse specie di legati?

Controversa è siffatta quistione.

Ma, rispetto a noi, avvisiamo che l'art. 783, nella ipotesi medesima contemplata dal legislatore, è suscettiva di applicazione sol quando il testamento contenga legati particolari.

Di fatti trattasi forse di un legato universale? Dilemma: o l'erede non è riservatario; ed allora è estraneo alla credità; e se viene privato di tutto l'attivo, rimane esonerato simultaneamente da tutto il passivo (art. 1006 — 932): o l'erede è riservatario, ed allora altresì, se è privato dell'attivo in determinata proporzione, rimane del pari esonerato dal passivo nella medesima proporzione (art. 871, 873, 1009 — 792, 794 e 935).

Trattasi forse di un legato a titolo universale? è questa assolutamente la medesima posizione da noi fermata in caso di un legatario universale in concorso con un erede riservatario (art. 1011 — 965).

Dunque per effetto de'legati particolari l'erede potrebbe trovarsi leso, dappoichè effettivamente i legatarii particolari, a differenza de' legatarii universali o a titolo universale, non contribuiscono a' debiti ereditarii, e, privando l'erede di una parte più o meno importante dell'attivo, gli lasciano sempre lo intero peso del passivo (art. 871, 1024—792, 979; confr. *supra*, n. 521; Duranton, t. VI, n. 461).

Non pertanto dobbiamo affermare che parecchi giureconsulti insegnano una opposta dottrina; ed il precipuo motivo su cui poggia la dottrina medesima si è: « comunque i legati universali o a titolo universale traggono seco obbligo di contribuire a'debiti, nondimeno lasciano sempre l'erede esposto a' procedimenti de' creditori. » (Demante, t. III, n.° 103 *bis*, IV; Marcadé, il quale, dopo aver sostenuto l'altra dottrina, ha finalmente accolto questa, art. 783, n. 3).

Ma, rispetto a noi, cotesto motivo non potrebbe avere alcuna importanza; dappoichè precisamente avvisiamo i legatarii universali o a titolo universale esser tenuti personalmente e direttamente, per la loro parte e porzione, verso i creditori della eredità, al pari degli eredi: è questa una tesi già per noi esposta (ved. il tom. 1° n. 80), e che appresso ci faremo più specialmente a svolgere.

In una sola ipotesi la lesione potrebbe emergere, in detrimento dell'erede, da un legato anche universale, cioè in quella in cui la causa di tale lesione provenisse, per lui, dall'obbligo della collazione da lui assunto con la sua accettazione, qualora, per effetto di questo legato, ritraesse meno di quanto avesse conferito (Confr. *supra*, n. 550; Villequez, *Rivista di dir. franc. e straniero*, t. VIII, p. 236.)

553.— Il dire essere un atto semplicemente *annullabile* nullo è esprimere in generale tre proposizioni, cioè:

1.° Che la dimanda di nullità o di rescissione può formarsi solo da determinate persone;

2.° Che il vizio, da cui discende l'azione di nullità, può estinguersi mercè la conferma o ratificazione;

3.° Che la stessa azione va sottoposta ad una prescrizione più breve della prescrizione ordinaria;

4.° È indubitata che la prima di tali proposizioni sia applicabile al nostro subbietto: e la rescissione dell'accettazione, per causa di dolo, di violenza o lesione, può ad evidenza dimandarsi dall'erede, nel cui interesse soltanto tali cause di rescissione trovansi stabilite, o da' suoi rappresentanti ed aventi causa (arg. dall'art. 1125 e 1166 — 1079 e 1119).

554.— 2° È a dire lo stesso della seconda proposizione; dappoichè l'erede può al certo rinunziare ad un'azione risguardante il suo particolare interesse: dunque non potrebbe sperimentarla, qualora, dopo lo scoprimento del dolo o del testamento (art. 783 — 700), avesse fatto un atto di ratificazione, sia espressa, sia tacita, come, per esempio, un novello atto di accettazione dell'eredità (confr. art. 1145, 1338 — 1069, 1292).

Se non che è importante, in simil caso, che il novello atto che viene opposto all'erede come ratificazione, non sia equivoco e dimostri, da parte sua, una novella volontà. Converrebbe non ravvisare cotesto carattere in un atto il quale constituisce una dipendenza ed una conseguenza dell'accettazione anteriore, *initio inspecto*, diceva con massima saggezza Ulpiano (l. 3, § 2, ff. *de Minoribus*)

Di fatti è duopo non dimenticare che l'erede, fino a quando la sua accettazione non venga rescissa, è tenuto di amministrare i beni ereditarii e prendere tutti i provvedimenti richiesti dall'amministrazione medesima (Denizart, v. *Adizione di eredità*, § 13, n.° 4).

Competerebbe al magistrato il valutare il carattere dell'atto preteso di *approvazione*. che gli venisse opposto, la maggiore o minore urgenza delle circostanze che avessero potuto necessitarlo, ec.; e tutto ciò dimostra che l'erede, il quale vorrà conservare la sua azione di rescissione, agirà con massima prudenza facendo proteste e riserve, ed eziandio dimandando l'autorizzazione del giudice per fare un determinato atto, il quale non potesse differirsi (confr. l. 3, § 2, ff. *de minor. viguint. quinq. ann.*; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n, 32-33; e lib. IV, cap. XI, sez. I, n. 57 e seg.; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 4; Duranton, t. VI, n. 465).

555.— 3.° Relativamente alla durata dell'azione di rescissione dell'accettazione, constituisce essa un punto più delicato; e puossi porre gravemente in dubbio se l'art. 1304 — 1258, il quale circoscrive ad un decennio lo sperimento delle azioni di nullità o rescissione delle convenzioni, sia applicabile all'azione in esame.

La regola generale si è tutte le azioni perdurare un trentennio (art. 2262 — 2169),

Or, da un lato, l'art. 1304 deroga a siffatta regola rispetto all'azione di nullità o rescissione *di una convenzione*, o d'altro lato l'accettazione di una eredità non è una *convenzione*;

Dunque l'azione di nullità o rescissione di un'accettazione di eredità perdura trenta anni, in conformità della regola generale (confr. Marcadé, art. 783, n. 7).

Chiarissimo è il sillogismo; ma nulladimeno non ci pare perentorio:

Innanzi tutto faremo riflettere che l'ordinanza di giugno 1510, la quale introdusse in Francia cotesta decennale prescrizione, l'applicava *ad ogni rescissione di contratti distratti o altri atti qualsivogliano* (art. 46). L'ordinanza di ottobre 1535 riprodusse assolutamente le stesse disposizioni (cap. VIII, art. 30); e Théveneau, nel comentare i testi

medesimi, insegnava che « il vocabolo *distratti* dinota le obbligazioni risultanti non solo *ex contractu, sed etiam ex quasi contractu*, come la rinunzia alla eredità e quella della moglie alla comunione . . . » Lib. II, tit. XXII, p. 373-374; agg. Furgole, cap. X, sez. II, n° 54 ; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n° 56).

È ben vero che l'art. 1304 non è conceputo in termini tanto ampii; ma siamo nondimeno inclinati a credere che gli autori di quello articolo hanno inteso riprodurre l'antica dottrina delle ordinanze:

1° Di fatti tali ordinanze formano, nel nostro novello diritto, il punto di partenza e la base di tutta la subbietta materia.

2° Se l'odierno legislatore, nell'art. 1304, ha adoperato il vocabolo *convenzione*, inconcusso motivo si è trattare più specialmente, nel titolo cui si appartiene l'articolo medesimo, *de' contratti o delle obbligazioni convenzionali*; ma torna affatto inverosimile avere inteso circoscriverne l'applicazione alle convenzioni propriamente dette; sia perchè poscia, in quello stesso articolo, ha adoperato il vocabolo *atti*, molto più ampio; sia perchè di fatti alcuni atti di volontà, senza constituire precisamente una convenzione, producono fra le parti interessate diritti ed obbligazioni che li fan collocare reciprocamente allo stesso livello che se vi fosse stata *convenzione*.

3° Da ultimo è manifesto che le considerazioni di privato e pubblico interesse, a norma di cui le antiche ordinanze avevano stabilito cotesta speciale prescrizione, cioè che le azioni di nullità o rescissione necessitano un esame di fatti e pruove, le quali possono deperire o *rendersi più malagevoli dal trascorrimento di tempo*, applicansi del pari all'azione di nullità in disamina. Del resto appresso torneremo a ragionare intorno a cotesto subbietto (confr. decis C. di Grenoble 6 dic. 1842, Achard, Dev., 1843, II, 290; Zachariae, Aubry e Rau (nuova ediz.), t. III, p. 196 e t. V, p. 155).

556.—La nullità o rescissione dell'accettazione può dimandarsi:

Sia per via di eccezione, quando l'erede, convenuto in giudizio da creditori o legatarii o da' suoi coeredi, opponga loro la causa di rescissione de la sua accettazione;

Sia per via di azione, quando assuma la qualità di attore.

La dimanda, in questo secondo caso, debbesi formare principalmente, sia contro gli autori o complici del dolo o della violenza, sia contro i legatarii indicati nel testamento.

Ed in entrambi i casi conviene che l'erede chiami in causa quelli fra' creditori o altri, verso di cui avesse consentito personalmente novelli titoli: anzi sarebbe miglior cosa, se riuscisse possibile, cioè se tutti gl'interessati fossero noti e non fossero molto numerosi, il chiamarli tutti in causa, per dichiararsi lor comune la sentenza, ad obbietto di antivenire gli effetti della regola aver la cosa giudicata autorità soltanto fra le parti.

Anzi i nostri antichi autori, in conformità della legge (del Codice, *si minor se ab haered.*, pretendevano « che l'erede, il quale dimandasse la sua restituzione, potesse ottenerla facendo citare tutti i creditori del defunto, e facendo dichiarare la sua restituzione in contraddizione con essi . . . » Denizart, v. *Adiz. di eredità*, § 13, n. 9; confr. Duranton, t. VI, n. 467; Vazeille, art. 783, n. 14; D., *Rac. Alfab.*, v. *Success.*, n. 528).

557.—L'accettazione potrebbe pure venire annullata, sotto taluni rapporti, per una causa che ci basterà qui indicare, rannodandosi alla generale teorica dell'azione Paoliana o rivocatoria che ci riserviamo esporre, a suo luogo, compiutamente.

I nostri antichi giureconsulti non ponevano in dubbio che « se un debitore insolvibile accettasse una eredità notoriamente in cattivo stato, per guisa da sembrare averla accettata in frode de' proprii creditori, » costoro potessero far rescindere tale accettazione (Pothier, *delle Success.*, cap. V, art. 4 *in fine*; e *della Comun.*, n. 559)

E la stessa soluzione ci pare pur derivare oggidì dalle generiche espressioni dell'art. 1167 — 1120, il quale permette a' creditori impugnare in loro particolar nome *gli atti*, dunque *tutti gli atti* fatti dal loro debitore in frode de' loro dritti.

Non pertanto la opposta dottrina sembra trovare propugnatori (Chabot, art. 881, n.° 2; confr. pure Odier, del *Contr. di matrim.* t. I, n. 430; Glandaz, *Enciclop. del dir.*, v. *Comun.*, n° 313; Troplong del *Contratto di matrim.*, t. III, n° 1500 e 1529).

Ma noi non avvisiamo essere ben fondati cotesti dispareri.

Indarno obbietterebbesi dal ravvicinamento dell'art. 1167, 2.° comma, con l'art. 788—705, emergere ammettere il legislatore l'azion Paoliana soltanto avverso la rinunzia; avvegnachè, da un lato, il rimando che l'art.

1167 fa al titolo *delle Successioni* si riferisce ad evidenza alla disposizione speciale dell'art. 882 — 802; e, d'altro lato, se l'art. 788 è stato diligente a concedere a'creditori dell'erede l'azione Paoliana avverso la sua rinunzia, al certo non accade ciò per negarla loro avverso la sua accettazione! ma semplicemente per rimuovere, pel caso di rinunzia, un dubbio che non poteva sorgere, al contrario, pel caso di accettazione. Di fatti è noto che un tempo l'azione Paoliana non veniva conceduta contro gli atti onde, dicevasi, il debitore aveva soltanto tralasciato di accrescere il suo patrimonio, senza diminuirlo; ed annoveravansi fra tali atti la rinunzia ad una eredità (l. 6, § 2, ff. *quae in fraud. credit.*); ma per contrario lo stesso diritto romano aveva ammesso che la fraudolenta adizione di una eredità potesse constituire l'obbietto dell'azione Paoliana (l. 3, princ. *eod.*)

Dunque *a fortiori* e non *a contrario* converrebbe argomentare dall'art. 788; dappoichè, se il Codice ammette l'azione Paoliana avverso una rinunzia, onde l'erede tralasciasse soltanto *di aumentare* il pegno de'suoi creditori, *a fortiori* debbe ammetterla avverso un'accettazione, onde lo *diminuisse*! Ma il vero si è che tal differenza non sussiste più oggidì, trovandosi l'erede impossessato della eredità (art. 724 — 645)

Relativamente all'art. 884 — 801, che si è pure obbiettato, ed il quale dichiara che i creditori dell'erede non possono dimandare la separazione de'patrimoni avverso i creditori della eredità, semplice ci pare la risposta; dappoichè il diritto generale di domandare, in tutti i casi, la separazione de' patrimoni è ben diverso dal diritto speciale di domandare, per causa di frode, la rescissione dell'accettazione.

Di fatti la frode, e ben si comprende la frode dimostrata, constituisce qui, come dovunque in generale, la condizione del felice successo dell'azione Paoliana.

Dunque ci parrebbe malagevole il divisare con Duranton, doversi ammettere l'azione Paoliana avverso l'accettazione fatta dall'erede per effetto di un esagerato sentimento di rispetto per la memoria del defunto (t. VII, n. 502—503; agg. pure Grenier, *delle Ipot.*, t. II. n.° 425).

Ma forse converrebbe richiedere, per contrario, come parecchi hanno insegnato, in senso inverso, che i creditori della eredità o i legatari, o i coeredi fossero stati complici della frode? (Confr. Chabot, *loc. supra cit.*, Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 155.)

Noi similmente stenteremmo a crederlo; e ci parrebbe meglio fondato il divisare che la frode dello stesso erede sarebbe sufficiente, come altronde appresso imprenderemo a dimostrare (confr. Demante, t. III, n. 108 *bis*, IV; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t, II, n.° 594; Marcadé, art. 788, n. 3; Bugnet sopra Pothier, t. VII, p. 292, nota 2; Pont e Rodière, *del Contr. di matrim.*, t. I, n. 846, 3.°; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 526; Dufresne, *della separazione de'patrim.*, n. 25).

N. II.

Quali sono gli effetti della nullità o della rescissione dell'accettazione?

SOMMARIO.

558.—Effetto generale della rescissione dell'accettazione.

559.—L'erede restituito può rinunziare o accettare, sia col benefizio dello inventario, sia puramente e semplicemente.

560.—Continuazione.—Non deggionsi forse distinguere, sotto questo rapporto, il dolo o la violenza, da una parte, e la lesione risultante dallo scoprimento di un testamento?

561.—Gli effetti della rescissione dell'accettazione debbono riguardarsi sotto un duplice punto di veduta:

562.—A. Degli effetti della rescissione dell'accettazione tra l'erede istituito ed i suoi coeredi.

563.—Continuazione.

564.—Continuazione.

565.—Continuazione.

566.—I coeredi di chi siasi fatto restituire contro la sua accettazione possono forse quando avessero essi medesimi accettato prima di ordinarsi la restituzione, sottrarsi alle conseguenze del diritto di accrescimento?

567.—L'erede restituito rimane liberato da ogni obbligazione verso i creditori della eredità ed i legatari. Potrebbe forse agire contro di essi per la ripetizione di ciò che avesse pagato di proprio danaro?

568.—La circostanza di non aver l'erede fatto distendere inventario de'beni ereditari non osterebbe al felice successo dalla sua dimanda di restituzione.

569.—B. Qual debbe essere mai la sorte degli atti consentiti con persone terze, relativamente a'beni ereditari, dell'erede restituito, nello intervallo dalla sua accettazione alla sua restituzione?

558. —La rescissione o annullamento dell'accettazione è una specie di *restituzione*, la quale ripone le cose nello stesso stato che se l'accettazione non avesse avuto luogo.

Tal è il suo generale effetto, che ben presto altronde, come è uopo, ci faremo a definire e viemaggiormente precisare (*infra*, n. 564 e seg.)

559. — Sin dalle belle prime ne discende che l'erede, dopo la rescissione dell'accettazione pura e semplice da lui fatta, trovandosi tornato allo stato primitivo, può conseguentemente, sia rinunziaro, sia accettare col beneficio dello inventario, ovvero puramente e semplicemente (confr. Chabot, art. 783. n. 7; Vazeille, n. 9; Poujol, art. 783. Mourlon, *Rep. scrit.*, t. II, p. 99; D. *Rac. alfab.*, v. *Success.* n. 537.)

E noi avvisiamo, con Aubry e Ran (sopra Zachariae, t. V, p. 155), che cotesta facoltà gli apparterrebbe nonostante l'art. 789—706, anche quando fosse trascorso più di un trentennio dopo l'apertura della successione; dappoichè l'accettazione da lui fatta è stata, da parte sua, l'esercizio del proprio diritto di scelta: essa ha creato, per lui, una novella posizione, la quale debbe essere in avvenire regolata da' principii che le sono proprii; e quindi segnatamente la prescrizione applicabile in tal caso è quella fermata con l'art. 1304 — 1258.

560.—Tal dottrina ci pare comune a tutte le cause per cui l'art. 783 — 700 permette all'erede impugnare la sua accettazione.

Per contrario si è preteso che conveniva distinguere il dolo e la violenza, da un lato, e la lesione risultante dallo scoprimento di un testamento, d'altro lato; e che questa seconda causa di reclamo aveva per risultamento di sottrarre l'erede all'obbligo di soddisfare i legati, senza esonerarlo dall'obbligo di estinguere i debiti.

Si è invocato in tal senso il testo della legge ed i principii:

1.° Mentre il primo comma dell'art. 783, diccsi, permette all'erede d'*impugnare la sua accettazione* per causa di dolo, il secondo comma gli permette soltanto di *reclamare* per causa di lesione; e queste due formole dimostrano che, nel primo caso, l'erede sarà rilevato dalla stessa sua accettazione; dovechè, nel secondo caso, verrà rilevato da un determinato effetto della sua accettazione, cioè dalle sue obbligazioni verso i legatarii, senza liberazione verso i creditori.

2.° Aggiugnesi che cotesta soluzione è unisona a' principii ed alla ragione. Di che mai si tratta? di garentire l'crede della lesione emergente per lui dallo scoprimento di un testamento: or all'obbietto bastava di fatti statuire che i legati racchiusi nel testamento non sarebbero obbligatorii per l'erede, e che troverebbesi nella stessa posizione che se il testamento medesimo non si fosse scoperto. Ebbene! ecco ciò che il legislatore ha praticato e ciò che doveva praticare; dappoichè non comprenderebbesi che l'erede, per effetto dello scoprimento di un testamento, venisse liberato verso i creditori medesimi! Di fatti a costoro che mai interessa il testamento; avvegnachè, da un lato, l'erede non può farsi rilevare verso di essi, per quanto gravi ed inopinati sieno i debiti, e, d'altro lato, debbono sempre venire soddisfatti essi i creditori prima de'legatarii. Se diversamente accadesse, lo scoprimento di un testamento potrebbe formare prospera fortuna per l'erede, liberandolo dalle stesse obbligazioni, avverso di cui nondimeno la legge non ammetteva a suo pro veruna causa di rescissione (confr. Delvincourt, t. II, p. 29, nota 2; Duranton, t. VI, n. 460).

La nostra risposta è la seguente:

1.° Relativamente al testo dell'art. 783, l'argomento che se ne desume non è a creder nostro, menomamente fondato: primieramente è indubitato che il tribunal di cassazione, il quale propose, come osservammo, tal rescissione per causa di lesione, non intende va differenziarla dalla rescissione per causa di dolo; dappoichè dimandava precisamente statuirsi che l'erede, in entrambi i casi, potesse *rinunziare alla eredità così accettata* (Fenet, t. II, p. 569); e tale è stato pure al certo lo intendimento de'compilatori dell'art. 783, i quali hanno adottato cotesta proposizione: se la formola del secondo comma non è esattamente simile a quella del 1° la ragione si è indubitatamente aver voluto variare la compilazione: ma la seconda formola esprime del pari identicamente la stessa idea della prima; avvegnachè l'art. 783 non contro il *testamento*, sì bene contro l'*accettazione* permette all'erede di reclamare! Il *reclamo* nel secondo caso, come l'*oppugnamento* nel primo debbesi formare dall'erede avverso la stessa sua accettazione. Tanto viene testualmente statuito; epperò la pretesa differenza che vi si è voluto introdurre viene dimostrata impossibile.

2.° E di fatti il nostro diritto non ammette, ed il diritto antico non aveva mai ammesso, che l'erede potesse accettare verso gli uni e non accettare verso gli altri. Precisamente in tal senso si è sempre sostenuto, con molta ragione, essere la qualità di erede indivisibile. L'effetto tutto relativo della cosa giudicata potrebbe indubitatamente, sotto alcuni rap-

porti, modificare tal principio; ma almeno la legge non se ne diparte giammai. Si esclama, sostenendo che lo scoprimento del testamento constituisce prospera fortuna per l' erede, il quale trovavasi obbligato per una imprudente accettazione, verso i creditori della eredità, contro i quali non pertanto non poteva invocare alcuna restituzione. Ma di queste specie di effetti incontransi esempi nel diritto: forse se si fosse ammessa la rescissione dell' accettazione per causa di lesione emergente dallo scoprimento di debiti ignoti, nel momento in cui avesse avuto luogo, non sarebbesi rilevato l'erede stesso dall'obbligo di soddisfare i debiti noti nel momento della sua accettazione? sì indubitatamente. Ebbene! avviene così dello scoprimento di legati ignoti: divenuto il peso troppo grave, inatteso dall'erede, il legislatore non si limita ad alleviarlo; ne lo esonera compiutamente permettendo la rescissione dell' accettazione. Soggiugniamo da ultimo tornare impossibile rimanere erede, quello erede il quale non esegue il testamento. Non potranno forse gli altri eredi dello stesso grado o di susseguente consentire a correre i rischi cui egli non vuole esporsi, qualora giungeranno a porsi di accordo co'legatarii, ec.? Dunque è forza, quante volte non soddisfaccia al passivo, che restituisca l'attivo e compiutamente rinunzii alla sua qualità! (Confr. Chabot, articolo 783, numero 8; Demante, t. III, num. 403 *bis*, III, Taulier, t. III, p. 254; Malpel, n. 196; Poujol, art. 783, n. 5; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 155; Massé e Vergé, t. II, p. 368; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 535; Villequez, *Rivista di dir. franc. e straniero*, t. VII, p. 236 — 237.)

561. — Puossi sostenere che la rescissione dell'accettazione ripone le cose nel medesimo stato che se tale accettazione non fosse seguita: *ut unusquisque in integrum jus suum recipiat* (l. 24, § 4, ff. *de minor. vigint. quinque ann.*).

In altri termini la rescissione produce effetto *ut ex tunc* e non già *ut ex nunc*.

Non pertanto cotesta regola non è assoluta; e vi sarebbe anzi molto pericolo a formarla così nella sua generalità, senza annettervi immediatamente i correttivi importanti ed i multiplici temperamenti che la modificano e la circoscrivano.

Tanto faremo nel disaminare più specialmente gli effetti della rescissione dell' accettazione:

A. Relativamente all' erede restituito, nei suoi rapporti, sia co'suoi coeredi, sia co'creditori della eredità o co'legatarii:

B. Relativamente a' terzi, i quali avessero contrattato circa i beni della eredità con l'erede, *medio tempore*, val dire nello intervallo dalla sua accettazione o piuttosto dall' apertura della successione alla rescissione della sua accettazione.

562. — A. Verso i suoi coeredi e gli eredi di grado susseguente, l' erede, rilevato dalla sua accettazione, ed il quale rinunzii dappoi, reputasi non essere stato giammai erede (art. 785 — 702).

Dalle quali cose conseguita:

1.° Che debba restituir loro tutto ciò che abbia ricevuto *jure haeredis*;

2.° Che i suoi coeredi, alla volta loro, debbono restituirgli tutto ciò che abbia conferito.

563. — 1° Diciamo dover egli restituir loro tutti i beni ereditarii. *nè più nè meno.*

Nè meno! dappoichè la restituzione cui è tenuto comprende regolarmente, a creder nostro, non solo il fondo ed il capitale, ma eziandio i frutti e gl'interessi. Indarno s'invocherebbero gli art. 138 e 549 — 114 e 474, per sostenere aver fatto suoi i frutti, almeno come possessore di buona fede. Di fatti questi articoli applicansi alla ipotesi di un possessore astretto a soggiacere ad una evizione diretta contro di lui dal vero proprietario; mentre, nella nostra ipotesi, lo stesso erede ha dimandato la rescissione della sua accettazione, e, dimandandola, si è sottoposto, per questa medesima circostanza, a fare tutte le restituzioni cui tal rescissione debbe legalmente dar luogo (art. 1682 — 1528.)

Anzi ci sembra che l' erede restituito dovrebbe altresì indennizzare i deterioramenti, che avesse potuto commettere su'beni ereditarii, salvo al magistrato il determinare in fatto, *ex aequo et bono*, l'ampiezza della sua responsabilità (*infra*, n. 565). La restituzione ha luogo effettivamente *in integrum*; ed è ben fondato il sostenere in tal senso con Massé o Vergé, che essa segue non solo *a pro di lui*, ma eziandio *contro di lui* (sopra Zachariae, t. II, p. 308).

564. — Ma reciprocamente ben si comprende l'erede rilevato dalla sua accettazione essere tenuto a restituire gli stessi beni ereditarii.

Nè più! dappoichè tutti i diritti, personali o reali, estinti per la confusione o la consolidazione, debbono ad evidenza risorgere da

ambo le parti, sia a pro suo avverso la eredità, sia a pro della eredità contro di lui (*ved.* il t. 1.°, n. 302 e seg.; Furgole, *de' Testam.*, t. IV, cap. X, sez. III, n. 127.)

565. — 2.° È questa pure la ragione per la quale i suoi coeredi debbono restituirgli le cose da lui conferite nella eredità (confr. art. 843—762; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 4).

Con maggior ragione troverebbesi rilevato da ogni obbligo di collazione, se non avesse ancora avuto luogo.

Relativamente a' frutti delle cose conferite (art. 856 — 775), per regola generale i suoi coeredi glie li dovrebbero a computare dal giorno della sua dimanda; dappoichè possono invocare, essi! gli art. 439 e 549, salvo soltanto il fare in tal caso una specie di compensazione tra' frutti de' beni ereditari, percepiti dall' erede restituito, ed i frutti delle cose conferite percepiti da'suoi coeredi (arg. dall' art. 1682—1528).

Se l' erede restituito avesse fatto spese necessarie, utili o voluttuose su' beni ereditarii dovrebbe farsene la liquidazione in conformità de' principii del diritto comune (confr. *supra*, n. 572, ed il tom. I, n. 304).

566. — È quistione sommamente controversa quella se i coeredi di chi siasi fatto restituire contro la sua accettazione, possano, quando essi medesimi avessero accettato prima di ordinarsi la restituzione, sottrarsi agli effetti del diritto di accrescimento.

I romani giureconsulti sembravano avere ammesso una distinzione.

Trattavasi forse di un erede necessario astenutosi dopo lo immischiamento o l' adizione del suo coerede? costui poteva, a propropria scelta, o impossessarsi di tutta la eredità o interamente rinunziarvi: « *aut totam agnoscat, aut a tota recedat* ». (L. 55 e 56, ff. *de adquir. vel omitt. haered*).

Trattavasi forse di un erede estraneo, restituito contro la sua adizione? i suoi coeredi avevano la scelta o d'impossessarsi della sua porzione divenuta giacente, sottoponendosi però a' pesi ereditarii, o di abbandonare la porzione medesima a' creditori... *ut bonorum possessio creditoribus detur*... (L. 61 e 98, ff, *eod tit.*).

Cotesto ultimo spediente, escogitato in Roma dal pretore venne generalmente adottato in Francia da' nostri antichi giureconsulti, i quali statuivano effettivamente che in simil caso l' accrescimento non era forzato nè necessario, ma semplicemente volontario e facoltativo (confr. Pothier. *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 4; Lebrun ed Espiard suo annotatore, *delle Success*, lib. IV, cap. II, n. 62).

Le opinioni sono oggidì, su tal punto, infinitamente vario e divergenti:

A. Primieramente alcuni, professando che l' accrescimento in tal caso è semplicemente facoltativo, non sembrano menomamente distinguere il caso in cui i coeredi di chi è stato restituito abbia accettato dopo di lui o contemporaneamente a lui dal caso in cui abbiano accettato prima di lui (confr. Toullier, t. II, n. 336; Villequez, il quale prescrive altresì positivamente ogni distinzione di tal genere, *Rivista di dir. franc. e straniero*, t. VII, p. 238—239).

B. Per contrario altri distinguono i casi in cui l'accettazione dei coeredi abbia preceduto l' accettazione dell'erede restituito dal caso in cui l' abbia seguita o accompagnata.

Nel primo caso ammettono essere forzato l' accrescimento; dappoichè i coeredi, accettando nel momento in cui il loro coerede medesimo non aveva ancora accettato, dovettero prevedere poter rinunziare, e quindi con piena cognizione di causa e volontariamente si sottoposero alle conseguenze del diritto di accrescimento; e soggiungesi dover così avvenire: 1.° eziandio nel caso in cui l' accettazione del loro coerede, il quale abbia ottenuto la restituzione, fosse anteriore al loro, se fosse stata essa ignota, quando han fatto la loro; 2.° eziandio nel caso in cui l' accettazione anteriore del loro coerede restituito fosse stata loro nota, se la causa di rescissione fosse tale che abbiano potuto e dovuto prevederla, come se, per esempio, una donna maritata avesse accettato senza autorizzazione.

Ma per contrario, dicesi, non puossi opporre a' coeredi siffatto motivo, quando la loro accettazione sia stata posteriore o soltanto concomitante a quella del loro coerede oggidì restituito: eglino non han potuto allora prevedere la ipotesi eccezionale di una restituzione; e conseguentemente non puossi più sostenere essersi essi medesimi volontariamente esposti agli eventi del diritto di accrescimento.

E poscia, di accordo su questa premessa, la quale forma la base della loro comune distinzione, i propugnatori della dottrina, che esponiamo, dissentono circa le conseguenze che conviene desumere.

Alcuni insegnano (in conformità della su

riferita legge 55, ff. *de adquir. vel omitt. haered.*) che, in questo ultimo caso, la restituzione di uno de' coeredi permetterà a' suoi coeredi (i quali avevano accettato dopo di lui o contemporaneamente a lui) di dimandare essi medesimi la rescissione della loro accettazione, se non vogliono soggiacere agli effetti dell'accrescimento (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 586).

Per contrario gli altri non gli ammettono a dimandare la rescissione della loro accettazione, ma conferiscono loro soltanto (a norma della precisata legge 61 dello stesso titolo) la facoltà di sottrarsi alle conseguenze del diritto di accrescimento abbandonando a'creditori la porzione ereditaria del restituito (confr. Delvincourt, t. II, p. 29, nota 4; Duranton. t. VI, n. 464; Chabot, art. 78. n 9 e Bolost-Jolimont, *Osserv.* I su l'art. 786; Vazeille. art. 786, n 2; Poujol. art 783, n. 5; Mourlon, *Rep scrit.* t. 2, p. 402; Taulier, t. III, p. 224; Demante. t. III, n. 106 *bis* II).

C. In quanto a noi, avvisiamo che nè gli uni nè gli altri siensi opposti al vero:

Innanzi tutto ci riuscirebbe impossibile ammettere il sentimento di coloro i quali avvisano che i coeredi del restituito, per sottrarsi alle conseguenze dell'accrescimento, avrebbero diritto di far rescindere essi medesimi la propria accettazione.

Abbiamo osservato che l'accettazione è per massima irrevocabile e che può rescindersi ne'casi eccezionali della legge tassativamente contemplata (art. 783—700): or la circostanza che uno de'coeredi si fosse fatto restituire contro la sua accettazione non è in verun caso ammessa dalla legge come causa di restituzione per gli altri: costoro indubitatamente possono invocare dal proprio lato, la stessa causa di rescissione del loro coerede o invocare un'altra causa ammessa dall'art. 783, quando possono ciò fare: ma. se non possono essi medesimi invocare una delle cause di rescissione ammesse dall'art. 783, val dire, se la propria accettazione fosse impugnabile, la restituzione ottenuta dal loro coerede non potrebbe constituire di per sè, a lor pro, una causa di restituzione. Indarno obbietterebbesi che accettando dopo il loro coerede o contemporaneamente a lui, han subordinato la loro accettazione alla tacita condizione di mantenersi quella del loro coerede. Di fatti l'accettazione non può aver luogo sotto condizione: or non sarebbe logico nè ragionevole reputare tacitamente sottintesa, nell'accettazione, una condizione che non vi si avrebbe potuto espressamente inserire senza produrne la nullità (*supra*, n. 361).

Relativamente a coloro i quali insegnano che i coeredi del restituito possono sottrarsi agli effetti dell'accrescimento, abbandonando la sua porzione, come giacente a' creditori della eredità, neppur sapremmo accogliere la loro dottrina, la quale ci pare ad un tempo osteggiare il testo medesimo della legge ed i principî.

1° L'art. 786—703 dichiara che *la parte di quello che rinuncia si accresce a' suoi coeredi: se è solo si devolve al grado susseguente.* Queste espressioni sono generiche ed assolute: l'articolo non distingue in quale epoca la rinunzia dell'uno e l'accettazione degli altri abbia avuto luogo, nè se l'erede rinunziante sia stato o pur no restituito contro una accettazione da lui fatta: per contrario, senza alcuna distinzione, dovervi essere sempre, sia *accrescimento*, sia *devoluzione*; e torna impossibile impedire l'effetto dell' *accrescimento* in un caso del pari che nell'altro caso lo effetto della *devoluzione*.

Or la ipotesi in disamina soggiace pienamente al disposto col predetto articolo trattandosi della parte di un coerede rinunziante;

Dunque il testo medesimo della legge imperiosamente richiede che la sua porzione si accresca a' proprii coeredi.

2° Quel testo è sommamente unisono a'principii, in conformità de' quali ciascuno degli eredi, qualora gli altri eredi rinunziino, va considerato solo *a die mortis*, chiamato dalla legge ed impossessato della totalità de' beni ereditarii, per modo che. a norma della regola della indivisibilità del diritto ereditario piuttosto *jure non decrescendi* che *jure accrescendi*, gli eredi accettanti vegono investiti retroattivamente della porzione degli eredi rinunzianti (art. 724, 785 — 645, 702; confr. il t. I, n. 150-151).

Se i romani giureconsulti ammettevano opposte soluzioni, la ragion si è che, ad onta della *restitutione in integrum* l'erede restituito conservava sempre, *jure civili*, il suo titolo; ma nulla di simigliante abbiamo oggidì.

3° Da ultimo invocansi talune considerazioni di equità; e si sostiene che i coeredi, i quali abbiano accettato contemporaneamente al loro coerede o dopo di lui, quando sia stato poscia restituito, non ha potuto prevedere tal restituzione! Per contrario rispondiamo

che era questa una possibilità da prevedersi, per quanto improbabile potesse sembrare, e che tal pericolo del diritto di accrescimento è uno degli eventi, e sonovene altri e più spaventevoli! cui si espone volontariamente l'erede il quale faccia un'accettazione pura e semplice. Altronde osserviamo quanto *cotesto temperamento di equità*, come il denominano alcuni medesimi di coloro che il suggeriscono (Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, *supra*), divenga davvero arbitrario, con tutte le distinzioni e le suddistinzioni introdottovisi, secondo che i coeredi abbiano accettato prima o dopo il loro coerede restituito; secondo che l'accettazione stessa anteriore di costui fosse o pur no nota ad essi; secondo che questa medesima accettazione anteriore e nota ad essi andasse o pur no sottoposta ad una causa esternamente valutabile di rescissione, ec. Tutto ciò non è specchiato, conviene confessarlo! tutto ciò è dissonante dal testo, per contrario, sommamente positivo dell'art. 786 — 703 (confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n.° 336, nota 3; Marcadé, art. 783, m. 8; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 132 e 153; Massé e Vergé, t. II, p. 298; Coulon, *Quist. di dir.*, t. II, p. 454.)

567. — L'erede costituito contro la sua accettazione ben si comprende rimanere liberato dall'obbligo emersone, da parte sua, verso i creditori della eredità ed i legatari.

Anzi potrebbe, come appresso esporremo (su l'art. 1377), esercitare direttamente, contro gli uni e gli altri, non solo adunque contro i legatari, ma eziandio contro i creditori, l'azione di ripetizione delle somme o delle quantità lor pagate di proprio danaro (confr. l. 2, § 1, e l. 19, § 1, ff. *de condict. indeb.*; l. 6, § 2, ff. *de reb. auct. jud. possid.*; art. 1377 — 1331; arresto C. cass. 2 dic. 1838, Robinot, Dev., 1838, I, 945; Duranton, t. VI, n. 466; Villequez, *Rivista di dir. franc. e stran.*, t. VIII, p. 159.)

568. — La circostanza non aver l'erede fatto distendere inventario de'beni della eredità non potrebbe ostare al felice successo della sua dimanda di restituzione, qualora altronde la dimanda medesima poggi sopra una causa ammessa dalla legge; e conseguentemente l'erede restituito avrebbe in tal caso, come in tutti gli altri, gli stessi diritti, sia verso i suoi coeredi, sia verso i creditori della eredità o i legatarii.

Tale assunto è incontrastabile ne' rapporti dell'erede restituito verso coloro, pel dolo o la violenza de'quali fosse stato indotto ad accettare, ed i quali non potrebbero ad evidenza opporgli la mancanza d'inventario.

Ma anzi avvisiamo essere generalmente ben fondata eziandio verso gli altri interessati, i quali non avessero commesso, verso l'erede, alcun fatto di dolo o violenza.

Di fatti nessun testo ha subordinato il diritto, per l'erede, di dimandare la rescissione della sua accettazione pura e semplice, alla condizione di aver fatto un inventario; ed il vero si è non essersi potuto, ragionevolmente nè equamente, richiedere tal condizione; dappoichè l'erede, il quale facesse un'accettazione pura e semplice, non è in colpa per non aver fatto procedere ad inventario.

La consistenza ed il valore de' beni ereditarii dovranno dunque determinarsi con altri mezzi, pel determinamento de' diritti o delle obbligazioni rispettivi delle parti interessate; val dire che potranno dimostrarsi non solo per mezzo di titoli e carte qualsivogliano, ma eziandio per mezzo di testimonii; e compete alla saggezza ed al discernimento de'magistrati il valutare il risultamento di tali pruove delicate, sotto l'impero di queste due idee, cioè che se, da un lato, l'erede può venire restituito contro la sua accettazione pura e semplice, comunque non abbia disteso inventario, d'altro lato è in obbligo, verso tutti coloro contro i quali invoca gli effetti della sua restituzione, di riporre le cose nello stato primitivo, e conseguentemente restituire tutti i beni della eredità frammisti a'suoi beni particolari (confr. art. 1442, 1504 ec. — 1406; arresto C. cass. 5 dic. 1838, Robinot, Dev., 1838, I, 945).

569. — B. Ci rimane a disaminare qual debba essere la sorte degli atti consentiti con persone terze, relativamente a'beni ereditari, dall'erede restituito, nello intervallo dalla sua accettazione alla sua restituzione (*supra*, n.° 564).

La restituzione ripone le cose nel medesimo stato che se l'accettazione non avesse avuto luogo; e conseguentemente l'erede reputasi, quando rinunzii dappoi, non essere stato mai erede (art. 785 — 702).

È questa la regola nella sua generalità (*supra*, n.° 558).

Quindi non è forse uopo, in conformità di tali massime elementari: *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*; *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis* (art. 2182, 2125 — 2076, 2011), dichiarare nulli tutti gli atti che l'erede, restituito ed oggidì

rinunziante, avesse potuto consentire verso i terzi?

Ma cotesta logica radicale non è sempre una saggia scorta; e nel nostro subbietto particolarmento Lebrun non divisava indubitatamente doversi prendere a guida, quando insegnava che *regolarmente, nelle restituzioni, debbesi mantenere ciò che siasi praticato di buona fede* (lib. III, cap. 4, n. 43).

Di fatti avvisiamo essere puro tal dottrina generalmente ben fondata.

L'erede restituito è stato, *medio tempore*, nella stessa posizione, per lo menol dell'erede apparente, il quale erasi impossessato della eredità, in mancanza del vero erede, o dell'erede indegno, il quale è stato poscia escluso, o finalmente del successore irregolare, il quale, dopo avere ottenuto la immissione in possesso de' beni ereditarii, ne è stato dappoi evinto da un avente diritto preferibile;

Or, crediamo aver dimostrato che tornerebbe impossibile annullare tutti gli atti consentiti, sia dall'erede apparente, sia dallo indegno, sia dal successore irregolare; e che per contrario era indispensabile lo ammettere, nella loro persona, la esistenza di una specie di mandato, in forza di cui avevan potuto validamente, rispetto a' terzi, amministraro il patrimonio ereditario (confr. il nostro tomo II, *dell'Assenza*, n. 214 e seg.; e *supra*, n. 234 e seg.);

Dunque gli stessi principii sono applicabili all' erede restituito, il quale, esso pure l è stato, *medio tempore*, debitamente erede rispetto a' terzi, ed il quale debbesi reputare avere avuto del pari, in ogni evento, la facoltà di amministrare, *cum libera*, l'credità.

Conseguentemente ci basta inviare i leggitori a' chiarimenti da noi dati su questa tesi (confr. eziandio Troplong, *de' Privilegi* e *delle Ipot.*, t. II, n. 467; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 530).

FINE DEL SETTIMO VOLUME.

INDICE

DELLE MATERIE DEL VOLUME SETTIMO.

LIBRO III.

DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

DISPOSIZIONI GENERALI.

TITOLO PRIMO.

DELLE SUCCESSIONI.

CAPITOLO PRIMO.

Dell'apertura delle successioni e dello immediato passaggio del possesso negli eredi.

SEZIONE I.

SEZIONE II.

CAPITOLO SECONDO.

Delle qualità richieste per succedere.

SEZIONE I.

SEZIONE II.

SEZIONE III.

CAPITOLO TERZO.

Dei diversi ordini di successione (regolare).

SEZIONE I.

SEZIONE II.

SEZIONE III.

SEZIONI IV E V.

Art. I.

Art. II.

Art. III.

Art. IV.

CAPITOLO QUARTO.

Delle successioni irregolari.

SEZIONE I.

Art. I.

Art. II.

SEZIONE II.

CAPITOLO QUINTO.

Dell'accettazione e della rinunzia alla eredità.

SEZIONE I.

SEZIONE II.

Art. I.

Art. II.

Art. III.

FINE DELL'INDICE.

TAVOLA NUMERICA

DEGLI ARTICOLI DEL CODICE CIVILE E DELLE LEGGI CIVILI

Coi numeri dell'opera in cui ciascuno è spiegato.



LIBRO TERZO

DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. del Cod. civ.	Art. delle LL. CC.	Numeri dell' opera.	Osservazioni.
711	632	1-17.	
712	633	6, 12-14.	
713	sop.	17-19.	
714	634	21.	
715	635	22-30.	
716	636	30 *bis*-55.	
717	637	56-78.	

TITOLO PRIMO.

DELLE SUCCESSIONI.

718	638	79-83.	
719	639	84.	
720	641	94-119.	
721	642	94-119.	
722	643	94-119.	
723	644	120-123, 155-163.	
724	645	124-163.	
725	646	169-189, 269-272.	
726	647	190-212.	
727	648	213-259, 268.	
728	649	260-267.	
729	652	305-309.	
730	653	291-300, 273-291.	
731	654	319-343, 359-361.	
732	655	365.	
733	sop.	366- 373.	
734	sop.	374-381.	
735	656	319-343.	
736	657	349-343.	
737	658	349-343.	
738	659	349-343.	
739	660	389-396, 430-433.	
740	661	417-420.	
741	662	421-423.	

Art. del Cod. civ.	Art. delle LL. CC.	Numeri dell'opera.	Osservazioni.
742	663	424-428.	
743	665	434-438.	
744	666	397-445.	
745	667	439-445.	
746	668	459-461.	
	669	470-561.	
747	670	449-458.	
748	671	449-458.	
749			
750	672	446-458.	
751	sop.	449-458.	
752	sop.	457-458.	
753	sop.	462-463.	
754	sop.	464-467.	
755	673	468-469.	
756	674	42-48.	
757		49-79.	
758		49-56, 80-83.	
759	675	84-88, 95.	
760	676	89-102.	
761	sop.	104-121.	
762	678	122-124, 135-138.	
763	679	125-127.	
764		127-134.	
765	680	139-151, 166.	
766	681	151 *bis*-168.	
767	683	169-176.	
768	684	177-182.	
769	685	199, 203.	
770	686	204-244.	
771	687	245-243.	
772	688	244-258.	
773	sop.	200.	
774	691	259-263, 356-362 *ter*.	
775	692	259-263, 356-362 *ter*.	
776	693	321-341.	
777	694	506-525.	
778	695	366-411, 444-468.	
779	696	413-430.	
780	697	434-443.	
781	698	342-355 *bis*.	
782	699	342-355 *bis*.	
783	700	533-569.	
786	703	305 *bis*, 566-568.	
789	706	306-318 *bis*.	
791	708	300-305 *bis*.	
792	709	469-505.	
795	712	264-274, 298.	
796	713	375-278.	
797	714	279-289.	
798	715	290-294.	
799	716	295-296.	
800	717	297.	
801	718	469-505.	

Napoli 2 Giugno 1855.

CONSIGLIO GENERALE DI PUBBLICA ISTRUZIONE

Vista la domanda di Domenico Capasso, il quale ha chiesto di porre a stampa l'opera intitolata : *Corso di Dritto civile di Demolombe.*
Visto il parere del Regio Revisore D. Carmine Preziosi.
Si permette che la suindicata opera si stampi; però non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto nel confronto esser l'impressione uniforme all'originale approvato.

Il Consultore di Stato
Presidente Provvisorio—Capomazzo.
Il Segret. Generale
Giuseppe Pietrocola.

COMMISSIONE PER LA REVISIONE ARCIVESCOVILE.

Nihil obstat
P. D. Aloysius M. Tibet
Censor Theologus.

Si pubblichi
Pel deputato
L. op. Ruggiero.

